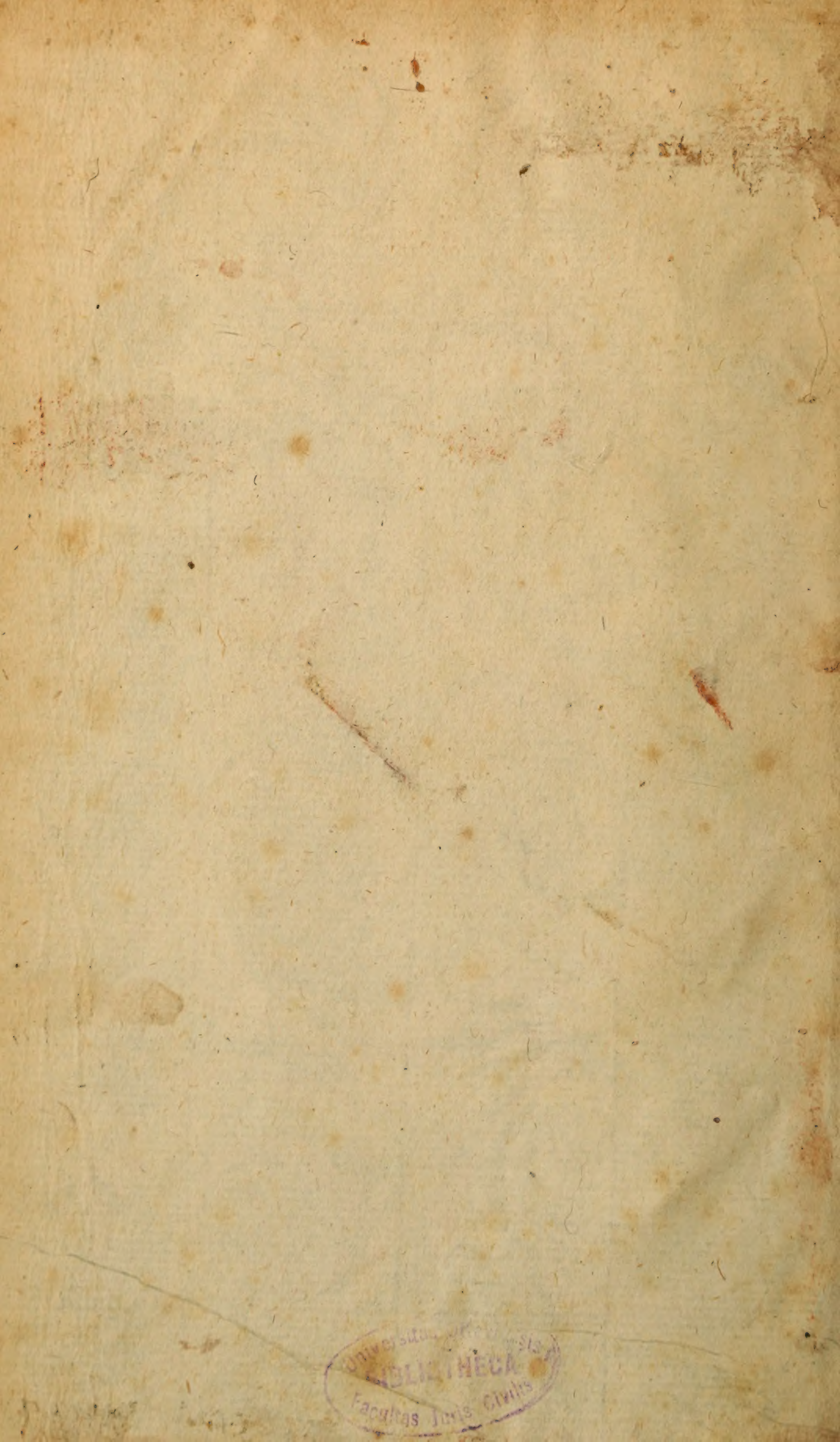
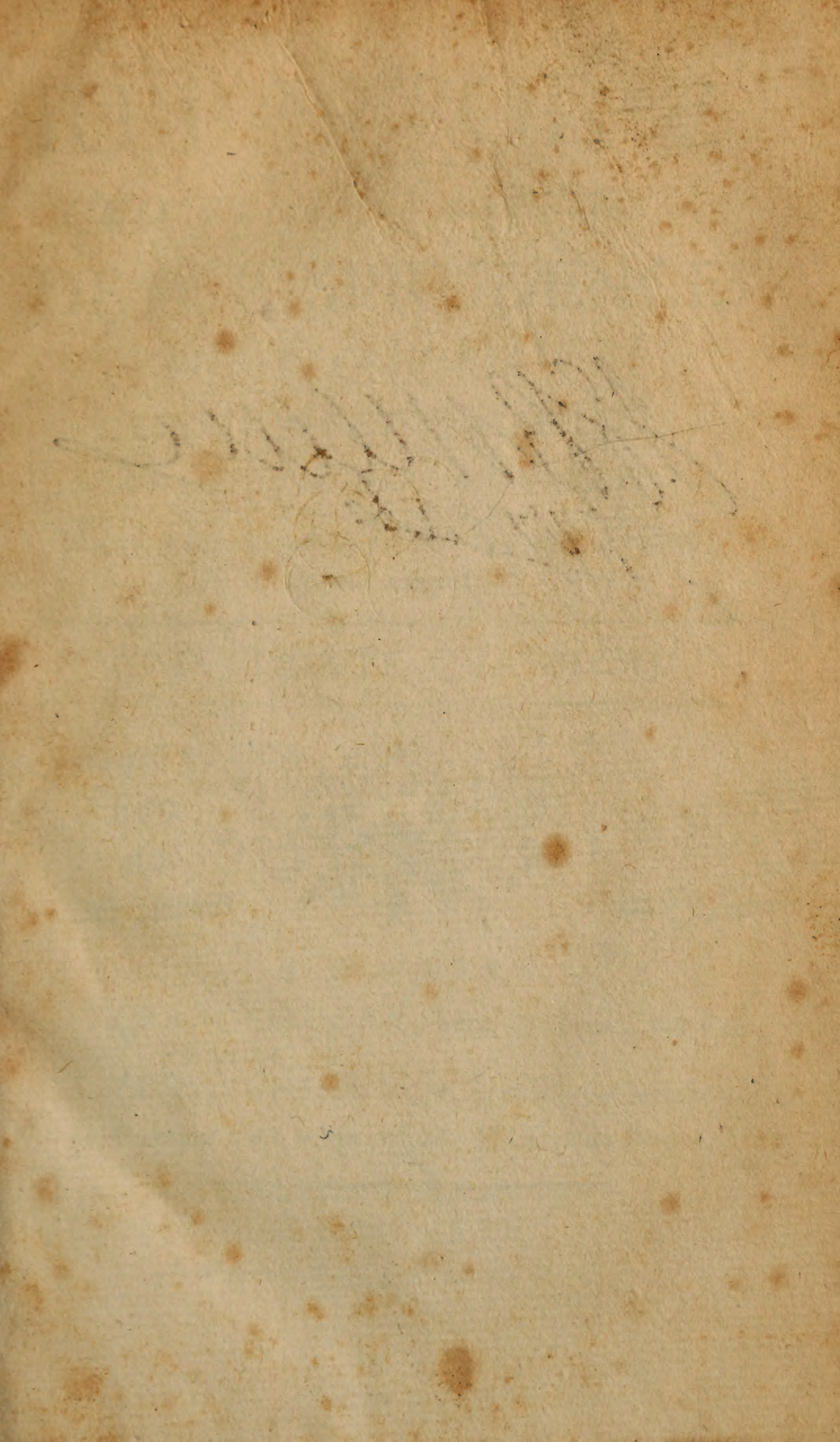







BIBLIOTHECA
Facultas Iuris Civilis



J. B. Mellu.
Forcab

RÉPERTOIRE
UNIVERSEL ET RAISONNÉ
DE JURISPRUDENCE
CIVILE, CRIMINELLE,
CANONIQUE ET BÉNÉFICIALE.

Ouvrage de plusieurs jurisconsultes :

Mis en ordre & publié par M. GUYOT, écuyer, ancien magistrat.

TOME TRENTE-QUATRIÈME.

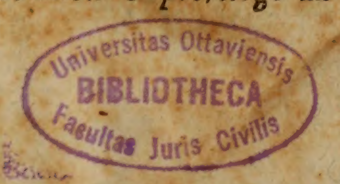
A PARIS,

Chez PANCKOUCKE, hôtel de Thou, rue des Poitevins.
DUPUIS, rue de la Harpe, près de la rue Serpente.

Et se trouve chez les principaux libraires de France.

M. DCC. LXXX.

Avec approbation & privilége du roi.



A V I S.

LA plupart des juriſconſultes nommés dans les divers articles du Répertoire, ayant fini le manuſcrit des parties dont ils s'étoient chargés, il paroît que cet ouvrage s'étendra environ à ſoixante volumes *in-octavo*. Au reſte, à quelque nombre qu'il puiſſe s'étendre au delà, le libraire s'eſt engagé à n'en faire payer que ſoixante volumes aux perſonnes qui s'en feront procuré un exemplaire avant la publication du dernier volume, & même ſi l'ouvrage n'a que ſoixante volumes, elles n'en payeront que cinquante-ſept, attendu que les trois derniers doivent leur être délivrés *gratis*. Le prix de chaque volume broché ou en feuille, eſt de 4 livres 10 ſous : on publie très-exactement huit volumes par année.



RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE

CIVILE, CRIMINELLE,

CANONIQUE ET BÉNÉFICIALE.

L.

LÉGAT. Les Légats du saint siége sont des ambassadeurs extraordinaires que le pape envoye dans les pays catholiques pour le représenter, & pour y exercer sa juridiction. C'est par ce nom singulier qu'ils se distinguent des ministres des autres puissances, & des nonces qui ne sont que les ambassadeurs ordinaires du souverain pontife. Les canonistes en comptent trois espèces : les premiers sont les Légats *à latere*, les seconds les Légats envoyés, *legati missi*, les troisièmes sont les Légats nés.

Les Légats *à latere* tiennent le premier rang parmi ceux qui ſont honorés de la légation. C'eſt dans le ſacré collège que le ſouverain pontife choiſit ceux à qui il confère la plénitude de ſa puiſſance. On les appelle *à latere*, comme les magiſtrats de l'ancienne Rome ſe nommoient *miſſi de latere*, quand ils étoient tirés de la cour, & pour ainſi dire des côtes de l'empereur. Nous ne ſaurions trop déplorer avec M. l'abbé Fleuri les maux qu'ont cauſés à l'égliſe les légations de la cour Romaine. C'étoient, dit ce judicieux hiſtorien dans ſon quatrième diſcours, c'étoient des *mines d'or pour les cardinaux*, & *ils en revenoient chargés de richeſſes.* On lit dans les cahiers du tiers-état de l'aſſemblée des états tenus à Tours en 1484; *ſont venus trois ou quatre Légats, qui ont donné de merveilleuſes évacuations à ce pauvre royaume, & voyoit-on mener les mulets chargés d'or & d'argent.* Selon M. l'abbé Fleuri, le ſcandale occaſionné par l'avarice, le faſte & l'inſolence des Légats, les règlemens arbitraires qu'ils faiſoient au préjudice de l'ancienne diſcipline, leur attention à accroître le deſpotiſme de la cour qui les envoyoit, la ceſſation des conciles; tels ont été les fruits de ces ambaſſades trop fréquentes & trop ſolemnelles. Il attribue à la même cauſe la prééminence des cardinaux ſur les archevêques & évêques, ſi contraire à l'inſtitution de Jéſus-Chriſt. Mais revenons aux trois eſpèces de Légats dont nous avons parlé.

Comme les cardinaux Légats ſont élevés par leur dignité au deſſus des autres Légats, ils ont une autorité beaucoup plus étendue que ceux qui ſont appellés *legati miſſi.* On entend par Légats envoyés ceux qui ſont honorés de la légation ſans

être cardinaux ; tels sont les nonces & internonces qui, dans quelques pays, exercent une juridiction : si avant de partir pour leur destination ils touchent le bout de la robe du pape, ou qu'ils reçoivent leur mission de la propre bouche du saint père, leurs facultés portent qu'ils sont envoyés avec la puissance des Légats *à latere*, mais alors même leurs pouvoirs sont plus limités que ceux des Légats cardinaux. Les nonces n'exerçant en France aucune juridiction, nous ne reconnoissons de Légats envoyés par les papes, que ceux qui ont la qualité de Légats *à latere*, & pour nous la distinction de trois sortes de Légats est chimérique.

Les Légats nés, sont des archevêques aux siéges desquels est attachée la qualité de Légat. Tels sont parmi nous les archevêques de Rheims, dont la légation est un titre d'honneur qui ne leur donne ni prééminence ni fonction.

Lorsque le pape veut envoyer un Légat en France, il est obligé d'en donner avis au roi, de l'instruire des motifs de la légation, & de s'assurer que la personne qu'il a choisie pour cet important emploi sera agréable à sa majesté.

Boniface VIII a vainement tenté de se soustraire à une obligation que lui imposoient les libertés de l'église gallicane, & l'autorité indépendante d'un monarque attentif à la défendre contre les atteintes & les abus de la puissance pontificale. Jean XXII n'a pas eu plus de succès ; la France a rejeté la constitution par laquelle ce pape prétendoit au droit d'envoyer des Légats dans tous les états catholiques sans l'agrément des souverains. On peut voir dans le chapitre 23 des preuves de nos libertés les permissions accordées à ce sujet depuis Philippe-le-Bel. Les

ſouverains pontifes avoient eux-mêmes obſervé d'obtenir cette permiſſion dès les premiers temps de la monarchie.

Saint Grégoire voulant envoyer un Légat en France l'an 599, le propoſa à la reine Bruneh aut. Voici les termes de la lettre de ce pape, qui n'a pas été l'un des moins attentifs à conſerver les droits de ſon ſiége : *Ut perſonam ſi præcipitis, cum veſtræ autoritatis aſſenſu tranſmittamus.*

Les Légats étant arrivés en France même avec la permiſſion du roi, ne peuvent prendre les marques de leur dignité, qu'après avoir obtenu le conſentement du monarque par des lettres-patentes duement enregiſtrées. Quoiqu'ils faſſent porter devant eux la croix levée en ſortant de Rome & du conſiſtoire, ils ſont obligés de la mettre bas en arrivant ſur les frontières du royaume, juſqu'à la vérification de leurs pouvoirs, ou du moins juſqu'à ce que le roi leur en accorde la permiſſion. Les bulles de légation ſont préſentées au parlement avec les lettres-patentes dont elles ſont revêtues ; mais la cour n'enregiſtre l'une & l'autre qu'avec des modifications qui mettent à couvert les libertés de l'égliſe gallicane, les droits de la couronne, ceux des évêques, des collateurs, des gradués & des expectans. C'eſt ce qui ſe voit dans les chap. 24 & 25 des preuves de nos libertés, & dans un recueil fait par M. de Thou, d'après la vérification des facultés des cardinaux Farneſe, Sadolet, & de quelques autres. Mais par égard pour les papes à qui ces modifications ne ſont point agréables, on ne les met pas ſur le repli des bulles ; on y marque ſeulement qu'elles ont été vérifiées,

& on fait savoir au Légat par un acte particulier les modifications portées par l'arrêt d'enregistrement. Les registres du parlement des 19 & 20 juillet 1596, nous apprennent que cette cour, en examinant les bulles du cardinal de Medicis, vouloit mettre sur le repli les protestations qu'elle faisoit contre les entreprises du pape, & qu'elle auroit exécuté son dessein sans une défense expresse du roi.

Outre les modifications que le parlement appose aux bulles des Légats, il ordonne par une clause particulière, qu'ils promettront au roi par écrit de n'user de leurs pouvoirs qu'autant de temps qu'il plaira à sa majesté & de la manière qu'elle voudra (preuves des libertés, ch. 23, n. 3). Le cardinal de sainte Praxede donna des lettres qui renferment cette promesse, le 11 janvier 1456.

Quoique le Légat puisse porter les marques de sa dignité après l'enregistrement des lettres-patentes, il doit néanmoins faire retirer son porte-croix, lorsqu'il approche du lieu où est le roi; ce qui fait voir que les Légats n'ont de juridiction, qu'autant que le roi a daigné leur en permettre l'exercice.

En 1480, Sixte IV voulant se réconcilier avec Louis XI, & ménager une paix solide entre ce prince & Maximilien, duc d'Autriche, envoya en France le cardinal Julien de la Rovere son neveu, depuis pape sous le nom de Jules II. Les ambassadeurs du roi qui allèrent au devant du Légat, lui déclarèrent que pour cette fois seulement & sans tirer à conséquence, le roi vouloit bien consentir qu'il fît les fonctions de Légat, & qu'il en portât les marques en entrant

dans le royaume, sans préjudice des franchises & priviléges dont lui & ses ancêtres avoient toujours joui, avec protestation que le roi n'entendoit point par ce consentement & cette permission déroger à aucun de ses droits. Le cardinal Légat déclara par un acte en bonne forme, daté du 2 août, qu'il n'abuseroit point des égards qu'on avoit pour lui; qu'il reconnoissoit toutes les franchises & prééminences de la couronne; que loin d'y donner atteinte, il voudroit pouvoir les augmenter : ce qui est digne de remarque, il ajouta que les cardinaux de Rouen & d'Avignon, Légats en France avant lui, avoient donné des lettres expresses pour la conservation de tous ces droits, & que son dessein n'étoit pas de s'écarter des usages établis dans le royaume. Le cardinal d'Amboise donna, le 31 mai 1503, un acte portant promesse de sa part, de n'user de la faculté de Légat en France, qu'autant qu'il plairoit au roi son souverain seigneur. Le cardinal de Clermont, Légat d'Avignon, en donna un semblable le 17 novembre 1514. Le cardinal de Luxembourg, Légat en France, le 11 novembre 1516 : le cardinal de Boisi, le 4 septembre 1519, & le cardinal Duprat, le 17 décembre 1524 (preuves des libertés, ch. 23, n. 3). C'est sur la foi de ces promesses, que les lettres-patentes du roi, portant permission & consentement d'exercer les fonctions de Légat dans le royaume, ont toujours été enregistrées au parlement, sous des modifications expresses auxquelles les Légats ont toujours été obligés de se conformer; on n'a jamais eu égard en France aux provisions de bénéfices, ni aux graces & autres actes que les Légats ont pu accorder & expédier, qu'autant qu'ils étoient conformes à ces modifications.

Il ne suffit pas que la bulle des facultés du Légat soit enregistrée au parlement de Paris, il faut encore qu'elle soit revêtue de la même formalité dans tous les parlemens sur lesquels doit s'étendre sa légation. Si la bulle portoit que la légation n'est que pour la France, elle n'auroit point lieu sur les archevêchés de Lyon, de Vienne & de Besançon : le Légat n'y exerce sa juridiction que quand la bulle dit, *in Franciam & adjacentes provincias*. Cet usage est fondé sur ce que ces provinces étoient autrefois du royaume de Bourgogne, & qu'à Rome on change difficilement le style ordinaire.

Telles sont les entraves que la sagesse de nos rois a cru devoir mettre à l'exercice des facultés des Légats ; mais en même temps qu'elle opposoit des digues puissantes aux entreprises d'une cour ambitieuse, elle a honoré le chef de l'église d'une manière éclatante, dans ceux qui le représentoient. Cependant les grands honneurs rendus aux Légats ne remontent point à des temps bien reculés. Charlemagne fit emprisonner les Légats d'Adrien I ; ceux de Benoît XIII éprouvèrent des traitemens encore plus fâcheux. L'histoire rapporte que Louis XI avoit peu de respect pour les Légats : il laissa écouler deux mois sans vouloir donner audience au cardinal Bessarion, & quand il la lui accorda, ce fut, dit Brantome, pour le prendre par la barbe & le tourner en ridicule. Le prélat outragé reprit sur le champ la route d'Italie ; mais son chagrin & sa mauvaise santé ne lui permirent pas d'arriver jusqu'à Rome. Il mourut à Ravenne âgé de 77 ans. *Quelle perte*, s'écrie sur cela le cardinal de Pavie, en écrivant à l'évêque de Téramo son ami ! *Malheureuse France*

qui nous cause tant de deuil, qui nous prive de notre père & de notre conseil! Comment pourras-tu expier une si grande faute? Le cardinal de la Rovere, dont nous avons déjà parlé, eut un accueil plus favorable du même prince, avec qui il passa quelques jours à Vendôme. Il se rendit ensuite à Paris, où tous les corps le reçurent avec beaucoup d'appareil. Les rues par où il passa pour aller à Notre-Dame étoient tapissées : l'université le fit complimenter par un de ses principaux docteurs. Le cardinal de Bourbon l'accompagna par tout & le régala magnifiquement. Le cardinal Balue, devenu Légat après 11 ans d'une prison bien méritée, fut accueilli avec honneur du roi Charles VIII. Le parlement néanmoins défendit de le reconnoître pour Légat, & de le laisser paroître avec sa croix & les autres marques de sa dignité. Après bien des discussions, la cour leva les défenses qu'elle avoit portées, & Balue fut reçu à Paris avec les solemnités ordinaires; ce qui n'empêcha pas le procureur-général d'interjeter un acte d'appel au pape *mieux conseillé*, & de protester contre tout ce que le Légat pourroit entreprendre au sujet de la provision des bénéfices. La légation du cardinal d'Amboise le ministre, & l'ami du bon roi Louis XII, fut remarquable par les honneurs qu'on s'empressa de lui rendre. Ses pouvoirs furent enregistrés, sous la clause ordinaire d'en modérer l'usage suivant les coutumes, prérogatives & libertés de l'église Gallicane : mais quand il fit son entrée à Paris comme Légat, le chancelier de France s'y trouva, le corps de ville, & les députés des cours souveraines allèrent au devant de lui : à la porte de la ville, on lui donna le dais, qui fut porté

par les échevins, ce qui ne s'étoit point pratiqué auparavant, & ce qui ne s'est fait depuis qu'en 1664, lors de l'entrée du cardinal Chigi, neveu d'Alexandre VII. D'Amboise vint au parlement le 21 février 1502, accompagné de deux cardinaux & d'un grand nombre d'evêques. La croix etoit portée devant lui, & deux présidens à mortier allèrent à sa rencontre. Dans la suite, la légation ayant été continuée au même cardinal, sans fixer aucun terme, & sous cette clause générale, *tant qu'il plairoit au pape*, l'université & le procureur-général formèrent des oppositions à l'enregistrement : mais Louis XII donna des lettres de jussion, & les pouvoirs du cardinal furent enrégistrés, sans autre condition que de ne rien faire contre les coutumes & libertés de l'église Gallicane. Les cardinaux François Duprat & de Boisi, tous deux Légats en France, n'eurent pas de peine à conserver les distinctions accordées à la haute faveur dont jouissoit le cardinal d'Amboise. Mais les papes voyant que les Légats François ne portoient point leur argent à Rome, ils ne nommerent plus de Légats de notre nation, si ce n'est le cardinal de Joyeuse, qui n'eut d'autre pouvoir, que celui de tenir sur les fonts de baptême le fils de Henri IV, depuis Louis XIII, au nom du pape Paul V, & le cardinal de Vendôme, délégué pour tenir aussi sur les fonts le dauphin, fils de Louis XIV, au nom de Clément IX en 1668. Sous le règne de Henri II, le cardinal Caraffe prétendit que le parlement devoit aller en corps au devant de lui : on fit des remontrances à Henri, qui, pour faire cesser tout différend, obligea cette cour à envoyer un grand nombre de députés. Les historiens du temps rap-

portent que ce Légat voyant venir le peuple en foule pour recevoir sa bénédiction, disoit en la donnant; *quandoquidem populus iste vult decipi, decipiatur.* Sous le règne de Charles IX, le cardinal d'Est, quoique parent de ce monarque, eut beaucoup de peine à faire agréer sa légation: le chancelier de l'hôpital scella ses lettres-patentes par très-exprès commandement de sa majesté, & écrivit au bas des mêmes lettres, qu'elles avoient été scellées malgré lui. On contesta au cardinal la faculté de conférer les bénéfices, & on le força de prêter au roi serment de fidélité. Le cardinal Morosini, envoyé sous Henri III, fut obligé à la même prestation de serment. Les légations avoient commencé de décheoir en France, depuis que les papes avoient cessé de nommer les favoris de nos souverains. La ligue ranima le courage & les prétentions des Légats. Le cardinal Cajétan alloit prendre la place du roi au parlement, lorsque le président Brisson, célèbre par sa fin tragique, l'arrêta par le bras pour l'en empêcher. Le cardinal de Plaisance, qui vint peu de temps après, eut la témérité de vouloir présider aux états, & de se placer sous le dais au dessus du duc de Mayenne. La visite que fit Henri IV au cardinal de Médicis, qui s'étoit arrêté au château de Chanteloup près Arpajon, combla de joie le pape Clément VIII, qui envoya en France, peu de temps après, le cardinal Aldobrandin; mais celui-ci, quoique neveu du souverain pontife, ne reçut pas le même honneur, & il eut la hardiesse de s'en plaindre comme d'un manquement. Ce Légat devoit savoir que l'exemple du cardinal de Médicis ne pouvoit tirer à conséquence, attendu que la visite de Henri IV avoit été faite *incognito*,

& comme ledit M. de Thou dans son histoire, *sine pompâ regali*. Le même prince avoit envoyé le prince de Condé, encore enfant, au devant du cardinal de Médicis, pour l'accompagner dans son entrée à Paris. La cour de Rome qui tire avantage de tout, en a fait mal à propos un devoir aux François. Depuis ce temps néanmoins il n'y a point eu d'entrée de Légat qui n'ait été honorée de la présence de quelque prince du sang. Louis XIII ne voulut point faire visite au cardinal Barberin, envoyé en France en 1625, mais il ordonna au duc d'Orléans son frère, d'aller au devant de ce Légat, & de lui donner la main. Le prince de Condé & le duc d'Enghien son fils se trouvèrent à la rencontre du cardinal de Chigi.

Il feroit trop long de rapporter les diverses prétentions des Légats en France, enhardis sans doute par les honneurs extraordinaires qu'on leur décernoit dans les autres cours : & comment leur orgueil ne se feroit-il pas exalté, lorsqu'ils se souvenoient que les Légats restoient couverts en présence des rois de Castille & d'Aragon, qui, non contents d'aller au devant d'eux, leur parloient la tête découverte ? Jaloux à juste titre de la dignité de leur couronne, les monarques François n'ont jamais subi le joug humiliant d'un tel cérémonial ; ils ont bien su distinguer la déférence due au chef de l'église, d'avec la bassesse des hommages rendus par quelques princes foibles ou superstitieux à une cour ambitieuse. Ce n'est point en avilissant la majesté des rois qu'on doit honorer la puissance des pontifes, comme ce n'est point en dégradant le sacerdoce qu'on doit accroître l'autorité de l'empire.

Outre les différends que les Légats ont eus avec

nos princes, ils ont eu des démêlés avec les évêques François. Fondés sur le cérémonial Romain, ils ne vouloient pas permettre aux prélats de porter le rochet & le camail en leur présence. Cette prétention, qui commença lors de la légation du cardinal Aldobrandin en France, dura jusqu'au cardinal Barberin. Ne seroit-il pas étrange que les évêques ne pussent point porter devant les ministres plénipotentiaires du pape ce qu'ils portent en présence de nos rois ? N'est-il pas scandaleux que des Légats veuillent s'élever au dessus de la majesté des souverains ? Aussi cette ridicule prétention s'est-elle anéantie comme tant d'autres. Les évêques qui accompagnèrent le cardinal de Chigi avoient tous le rochet, le camail, & même le chapeau vert que doivent porter les évêques dans les cérémonies les plus remarquables : cependant, par respect pour le pape, les archevêques, les primats, ceux mêmes qui ont la qualité de Légats nés, ne portent point la croix haute devant le Légat *à latere*, à plus forte raison devant le pape lui-même ; ainsi dans le concile de Clermont il n'y avoit que la croix d'Urbain II.

S'il en faut croire les canonistes Ultramontains, les Légats *à latere* sont ordinaires dans les provinces de leur légation. Le décret du pape Clément IV, rapporté dans les décrétales, vient à l'appui de cette doctrine, que quelques auteurs François ont eu l'imprudence d'adopter. Si les cours séculières du royaume ne regardent point le pape comme ordinaire dans nos églises, à plus forte raison doivent-elles renfermer les Légats dans les bornes de la jurisdiction extraordinaire qui leur est confiée. Le concile de Trente même, *sess.* 24, *cap.* 20. *de ref.* défend expressément aux Légats

à latere, aux nonces & aux gouverneurs ecclésiastiques, de troubler l'exercice de la juridiction des évêques dans les causes qui sont du for ecclésiastique, & de procéder contre des clercs sans la requisition de leur évêque, si ce n'est dans le cas où il négligeroit de les punir. Jean ou Janus Acosta, célèbre Jurisconsulte de Cahors, observe qu'autrefois, pour conserver avec plus de précaution les droits des métropolitains, les papes mettoient cette clause dans les facultés de leurs Légats, *salvis privilegiis metropolitanorum*; ce qui est bien remarqué dans le chapitre *servatis*, que rapporte Gratien, & dans la neuvième des lettres du pape Hormisdas à l'évêque de Séville. Les maximes de France étendent ces dispositions jusqu'aux évêques, & interdisent aux Légats, au pape lui-même, de connoître en première instance par leurs commissaires des causes ecclésiastiques au préjudice des ordinaires: cependant elles permettent aux Légats, dans les causes dévolues au souverain pontife, de donner des commissions *in partibus*, dans la forme prescrite par le concordat, & avec les clauses requises. Lorsque les bulles de légation leur donnent un pouvoir plus étendu, le parlement restreint leurs facultés par des modifications : ainsi les juges délégués par eux ne peuvent agir qu'après qu'on a passé par tous les degrés de la juridiction ecclésiastique, qui sont au dessous de celle du pape. Telle est la disposition précise des libertés de l'église Gallicane, art. 45, où on lit encore ce qui suit : *Desquels juges délégués les appellations, si aucunes s'interjettent, doivent aussi y être traitées jusqu'à finale décision d'icelles, & ce par juges du royaume à ce délégués; & s'il se fait au contraire, le roi peut décerner des*

lettres inhibitoires à sa cour de parlement, ou autre juge, où se peut la partie y ayant intérêt, pourvoir par appel comme d'abus.

Les loix qui défendent aux Légats de renverser la juridiction de l'ordinaire, leur interdisent d'adresser la commission pour donner le *visa*, à d'autres qu'à l'évêque diocésain, ou à son grand vicaire, ou de commettre la fulmination des grâces & des dispenses, à d'autres qu'à l'official qui doit en connoître.

Suivant les règles de la police du royaume, les Légats *à latere* ne peuvent faire citer devant eux les sujets du roi, ni exercer sur eux aucun acte de juridiction contentieuse, soit par citation, évocation, délégation ou autrement : ils ne le pourroient pas même dans le cas où les parties consentiroient de procéder pardevant eux, ainsi que l'ont observé Pithou & Fevret, parce qu'il ne dépend point des parties de se choisir des juges contre le droit public.

Des principes que nous venons d'établir, il suit qu'en matière contentieuse, les Légats n'ont point de juridiction, pas même sur les exempts ; c'est-à-dire sur les corps, chapitres & communautés qui jouissent, en vertu de titres valables, de la prérogative de l'immédiatité au saint siége. Mais les règlemens donnés par les Légats aux corps dont il s'agit, doivent être toujours exécutés lorsqu'ils sont revêtus de lettres-patentes enregistrées dans les parlemens : *Nemini dubium esse volumus, quin Legatorum sedis apostolicæ statuta edita in provinciâ sibi commissâ, durent tanquam perpetua, licet eadem postmodum sint egressi.* Greg. IX, cap. *nemini, extrà. de officio legati.*

Les Légats ne peuvent pas connoître des affaires

portées directement au saint siége. Innocent III, cap. *licet.*

Quoiqu'ils aient reçu une plénitude de puissance, ils ne peuvent rien statuer sur certaines affaires, sans un pouvoir spécial exprimé dans les bulles de leur légation. Telles sont les translations des évêques, les suppressions, les érections, les unions des évêchés, & les bulles des bénéfices consistoriaux, dont le concordat réserve expressément la nomination au pape. Long-temps auparavant, Innocent III avoit reproché au cardinal de St.-Laurent son Légat, d'avoir transféré, sans un pouvoir spécial, l'évêque de Troja au siége de Palerme. Dans le même chapitre *nisi*, ce pape interdit à son Légat l'union & la division des évêchés. Les Légats ne peuvent pas non plus empêcher ceux qui ont une commission particulière du saint siége de l'exécuter. Celestin III, cap. *stardus*, &c.

Les Légats ne peuvent également subdéléguer ou commettre en leur absence ou autrement, aucuns vicaires ou substituts ayant pareils pouvoirs & les mêmes facultés qu'eux. C'est ce que porte l'arrêt de vérification des facultés du cardinal de Boisi. Les gens du roi, dans l'avis qu'ils donnèrent en 1604, sur la bulle de légation accordée au cardinal de Lorraine, établissent cette maxime, que le Légat ne peut subdéléguer pour l'exercice de sa légation, sans exprès consentement du roi: elle est aussi prouvée & établie par Dumoulin.

La puissance du Légat ne doit pas être plus étendue que celle du pape qui le commet; ainsi il ne peut avoir aucun pouvoir direct ni indirect sur le temporel de nos rois; décider les contestations entre les séculiers pour les affaires qui regardent leur bien ou leur honneur; juger le

possessoire des bénéfices ; donner des dispenses aux bâtards pour les effets civils ; connoître du crime de faux & d'usure entre les laïques, de la dot & de la séparation de bien entre mari & femme ; faire payer des amendes pour les crimes ecclésiastiques ; accorder des lettres de restitution en entier ; restituer contre l'infamie. Son pouvoir doit aussi être tempéré par rapport au spirituel, par les saints décrets qui sont reçus dans le royaume. De ces principes, il faut conclure qu'il ne peut constituer des pensions sur les bénéfices, si ce n'est pour le bien de la paix, & en cas de permutation ou de résignation en faveur ; permettre de réserver tous les fruits du bénéfice pour tenir lieu de pension ; déroger à la règle *de publicandis resignationibus*, & à celle *de verisimili notitiâ ;* quand il confère les bénéfices, ordonner qu'on ajoutera foi à ses provisions, sans qu'on soit obligé de rapporter les procurations pour résigner ou pour permuter ; conférer les bénéfices électifs dans l'élection desquels on suit la forme du chapitre *quia propter ;* créer des chanoines avec attribution des premières prébendes vacantes, &c. Voyez les loix ecclésiastiques de Héricourt, édit. de 1771, E. 7, pag. 232 & 233.

On ne conteste point au Légat *à latere*, le pouvoir de conférer les bénéfices vacans par une démission faite entre ses mains sur permutation ; il peut aussi conférer ceux qui vaquent par dévolution, à ceux de la négligence d'un collateur immédiatement soumis au saint siége.

L'auteur des libertés de l'église Gallicane ne s'est pas exprimé exactement, quand il a dit, article 55, qu'on a *parfois toléré la prévention en la personne du pape, mais non d'autre, quelque*

délégation, vicariat ou faculté qu'il eût de sa sainteté. Il est vrai que le concordat semble réserver le droit de prévention en faveur de la personne du pape seulement, & qu'on ne devroit jamais permettre aux Légats *à latere*, de prévenir les collateurs ordinaires; d'autant plus qu'étant sur les lieux, ils dépouilleroient ces mêmes collateurs du droit de conférer la plupart des bénéfices: cependant on a quelquefois permis que les Légats usassent du droit de prévention, & il y en a plusieurs exemples avant & après le concordat. Le cardinal d'Amboise exerça ce pouvoir nonobstant les représentations du parlement; le cardinal de Boisi obtint, en 1519, la confirmation du même droit, par lettres-patentes de François I, qui l'y maintint malgré les oppositions des cours & des évêques. On en pourroit citer beaucoup d'autres exemples; le cardinal du Prat, en 1529; le cardinal d'Yvrée, en 1538; le cardinal Farnèse, en 1539; le cardinal Sadolet, en 1542; les cardinaux Saint-George & Véralio, en 1547 & 1551; le cardinal Trivulce, en 1557; le cardinal de Ferrare, en 1561. Les auteurs qui ont recueilli les arrêts de vérification des facultés des Légats, n'en rapportent aucun depuis le cardinal de Ferrare, jusqu'au cardinal de Florence, qui fut envoyé en 1596. Il y a lieu de croire que pendant ce temps-là on n'a point permis aux Légats de prévenir les ordinaires. L'avis des gens du roi au parlement de Paris, sur la bulle de légation du cardinal de Lorraine en 1604, suppose qu'il pouvoit conférer les bénéfices.

Quoiqu'on ne vérifie les facultés des Légats qu'avec ces clauses générales, *sans préjudice des droits des universités, droits & usages du royaume,*

& libertés de l'église Gallicane, on reçoit néanmoins, dans l'usage présent, les provisions des bénéfices, qu'ils donnent par prévention, lorsque leurs bulles de légation contiennent ce pouvoir: le pape le leur accorde toujours; de manière que ces modifications, qui sont des restes de nos anciens usages & des précautions qu'on employoit pour le maintien de nos libertés, ne sont à présent que de style. Ce pouvoir s'est étendu par degrés: au commencement, on ne recevoit que les provisions qui avoient été obtenues par le moyen des journées réglées. On a égard maintenant aux provisions données par les Légats, quoiqu'on n'ait pu les obtenir qu'en se servant des courriers extraordinaires. Il suffit pour cela, de rapporter des preuves constantes de l'envoi du courrier extraordinaire.

Les universités ont mieux soutenu leurs priviléges contre les Légats, que les collateurs ordinaires du royaume. Les Légats peuvent, à la vérité, user du droit de prévention dans la collation des bénéfices qui vaquent dans les mois affectués aux gradués; mais ils sont obligés de les conférer à des gradués, comme l'ordinaire auroit fait; & s'ils en usoient autrement, leurs provisions seroient nulles. Mém. du clergé, t. 10, p. 887. Dumoulin, sur la règle *de infirmis resignantibus*, num. 139, dit que si on a souffert *de facto*, que les Légats prévinssent les ordinaires, c'est *per conniventiam, aut ordinationem ignaviam*. Nous pourrions ajouter que c'est par une foiblesse inconcevable qu'on a toléré dans le pape lui-même le droit de prévention. Personne n'ignore les scandales journaliers que l'exercice de ce droit occasionne parmi nous; l'église & les gens de bien ont

à gémir chaque jour du manège de certains ecclésiastiques avides, sans mœurs & sans talens, qui, par la voie facile du recours à Rome, s'enrichissent aux dépens des ministres de la religion les plus utiles & les plus recommandables. Les résignations en faveur n'étant guère moins contraires aux dispositions canoniques que la prévention, les Légats ne peuvent les admettre, à moins qu'il n'y en ait une clause expresse dans les bulles de leur légation, & que leurs facultés n'aient été vérifiées purement & simplement sur cet article. Ainsi le cardinal de Barri, Légat en 1522, exerça le pouvoir d'admettre les résignations, le parlement n'ayant point modifié ses facultés à cet égard; mais Dumoulin remarque sur la règle *de infirmis*, num. 184, qu'on n'a point laissé aux autres Légats le droit de pourvoir sur les résignations.

La pragmatique & le concordat ayant aboli les réserves générales & particulières des bénéfices, même pour la personne du pape, on doit à plus forte raison ne les pas souffrir de la part du Légat: il ne peut rien faire, non plus que le pape, au préjudice du droit de régale, du patronage laïque, de l'indult du parlement, & des autres grâces expectatives qui sont reçues dans le royaume.

Ceux qui demandent au Légat à être pourvus par lui de quelques bénéfices, sont obligés d'énoncer dans leurs suppliques tous les bénéfices dont ils sont titulaires, à peine de nullité des provisions, comme pour les signatures obtenues en cour de Rome. Bonif. VIII, c. *collatio*, *de officio legati in sexto*.

Le Légat, même pendant le temps de sa légation, ne peut point conférer de bénéfices, ni exercer aucun acte de juridiction dès qu'il est

hors du royaume. Libertés de l'église Gallicane, art. 59.

La légation finit par la mort du Légat, ou quand le temps fixé pour l'exercice de la légation par les lettres-patentes & par l'arrêt d'enregistrement, est expiré, ou quand le roi lui a fait signifier sa révocation, en cas que les lettres-patentes & l'arrêt d'enregistrement ne fixent point le temps de la légation. Ces clauses sont toujours insérées dans les modifications des bulles des Légats, quoique ces bulles portent que la légation durera autant qu'il plaira au pape. Les légations indéfinies n'ont point été admises en France; c'est pourquoi les Légats, avant d'exercer leurs pouvoirs, promettent de n'en faire usage qu'autant qu'il plaira au roi.

Si, le temps de la légation étant expiré, on accorde au Légat des lettres-patentes de prorogation, il faut les faire enregistrer au parlement; & dans ce cas, les secondes sont restreintes de droit par les mêmes modifications que les premières.

Lorsque le Légat sort du royaume, il est obligé de laisser en France les registres des expéditions du temps de sa légation, & d'en remettre les sceaux entre les mains d'une personne nommée par le roi, qui en expédie les actes aux parties intéressées.

Nous avons un procès-verbal du 8 août 1573, dressé par le lieutenant-général de Lyon, de la remise des registres & expéditions du cardinal Ursin, Légat en France, faite par ses officiers en passant par cette ville à son retour, ès mains d'un bourgeois, banquier de Lyon, pour être envoyés à M. le procureur-général. Les deniers qui proviennent de ces expéditions sont employés en

œuvres pies, ſuivant qu'il eſt réglé par le roi. Si le Légat ne laiſſe pas ſon ſceau, le parlement ordonne à une perſonne qu'il députe, de ſceller les expéditions d'un ſceau particulier qui eſt deſtiné à cet effet. Libertés de l'égliſe Gallicane, art. 60.

Selon l'arrêt d'enregiſtrement des facultés du cardinal de Ferrare, Légat en France, du 19 janvier 1561, & ſuivant un uſage obſervé de temps immémorial dans le royaume, les dataires, régiſtrateurs, & autres expéditionnaires de la légation, doivent être nés ou naturaliſés François. Quand les officiers du Légat ont fait quelque malverſation, on procède contre eux, comme on l'a exécuté en 1522, contre ceux du cardinal de Barri, Légat *à latere*.

Nos canoniſtes François ne s'accordent pas ſur l'expiration de la légation par la mort du pape. Mais dans le doute s'il y en avoit ſur cette matière, on devroit préſumer la commiſſion révoquée par la mort du ſouverain pontife, parce que l'autorité des Légats porte atteinte à celle des ordinaires, qui eſt toujours favorable. Ainſi nous ne devons point admettre la décrétale de Clément IV, de 1265 ou 1266, inſérée dans le ſexte au titre de *officio legati*, qui mande au cardinal de ſainte Cicile, que ſa légation n'a point expiré par le décès d'Urbain IV.

Des Légats & vice-Légats d'Avignon.

Clément V transféra le ſaint ſiége à Avignon, au commencement de 1309; & Clément VI acheta cette ville en 1348, de Jeanne, reine de Sicile & comteſſe de Provence, pour la ſomme de 80000 florins d'or. Les ſouverains pontifes y reſtèrent pendant près de 70 ans juſqu'à Grégoire

XI : alors la cour Romaine y établit des officiers pour le gouvernement temporel & spirituel de la ville & du comtat Venaissin, dont elle avoit la paisible possession depuis 1274. Il est difficile de déterminer précisément quel a été d'abord le pouvoir de ces officiers dans le gouvernement ecclésiastique des provinces de France, & en quel temps leur autorité & qualité de Légat y a été constamment reconnue.

Quelques auteurs ont avancé qu'avant 1515 il n'y avoit point à Avignon de Légats proprement dits, mais seulement des administrateurs ou gouverneurs ; que le cardinal de Clermont, archevêque d'Auch, envoyé par Léon X, a été le premier, & le cardinal Farnese le second. Ce qu'il y a de certain, c'est que plusieurs avoient eu auparavant le titre de Légat d'Avignon, entre autres le cardinal Pierre de Foix, qui présida avec Alain de Coëtivy au concile tenu dans cette ville en 1456 ou 1457. Le cardinal George d'Amboise exerça une pleine autorité sur le comtat & sur les terres adjacentes ; il termina même en vertu de ses pouvoirs, les différends survenus entre les sujets du pape & ceux du roi : les lettres-patentes de François premier du 23 février 1515, données sur les bulles de légation du cardinal de Clermont, & adressées au parlement de Grenoble, paroissent supposer que le cardinal de Clermont a été le premier Légat d'Avignon. Quoi qu'il en soit, les facultés du cardinal Farnese ne furent enregistrées au parlement de Provence avec les lettres-patentes du roi, que sous les modifications ordinaires, le 27 février 1542, non plus que celles des Légats suivans. Au mois de septembre 1551, & à la requête

des états de Provence, Henri II accorda des lettres-patentes qui furent enregistrées au parlement d'Aix. Par ces lettres, sa majesté permet à ses sujets de Provence, de recourir pardevers le Légat ou le vice-Légat d'Avignon, pour en obtenir dans les matières bénéficiales les dispenses & dérogations à la règle des vingt jours.

Les bulles des papes pour la légation d'Avignon, étendent les facultés des Légats sur les provinces ecclésiastiques d'Arles, d'Aix, de Vienne & d'Embrun. De là, le roi a les mêmes motifs pour veiller sur la conduite de ces Légats que sur les autres.

Suivant les maximes du royaume, la province ecclésiastique de Narbonne n'est point comprise dans la légation d'Avignon. Si quelquefois les facultés des Légats se sont étendues sur la métropole de Narbonne, cette extension a été une concession particulière, qui ne pouvoit avoir lieu qu'autant qu'il plaisoit au roi de l'autoriser. C'est ce qu'on voit par les lettres-patentes de Charles IX, données le 6 juin 1565, sur les bulles de la légation d'Avignon du cardinal de Bourbon, dont les pouvoirs s'étendoient sur la province de Narbonne, & par les lettres-patentes du 10 mai 1624, dont ont été revêtues les bulles du cardinal Barberin. Sur le refus du parlement de Toulouse, d'enregistrer les lettres-patentes pour l'extension des facultés du Légat d'Avignon sur la province de Narbonne, il y a des exemples qu'en ce cas nos rois les ont fait enregistrer au grand conseil.

Les Légats & vice-Légats d'Avignon sont soumis aux mêmes formalités que les autres pour obtenir le libre exercice de leurs fonctions. Ils doivent obtenir l'agrément du roi par lettres-pa-

tentes, & faire vérifier leurs pouvoirs par les parlemens dans le reſſort deſquels ils veulent en uſer. Pierre Pithou dans les articles 11 & 12 des libertés de l'égliſe Gallicane, a recueilli pluſieurs règles générales ſur les Légats d'Avignon nommément.

Les parlemens ont des formes & des uſages différens ſur l'enregiſtrement des facultés des Légats & vice-Légats d'Avignon, & dans les modifications qu'ils y apportent.

Par arrêt du 16 février 1668, le parlement de Dauphiné a jugé qu'il avoit été mal, nullement & abuſivement procédé par le vice-Légat, en la conceſſion d'une proviſion par lui accordée, en ce qu'il avoit octroyé cette proviſion avant d'avoir fait vérifier ſes facultés par la cour.

Par autre arrêt du 27 avril 1671, un pourvu par le vice-Légat d'Avignon, qui n'avoit pas encore fait enregiſtrer ſes lettres, fut maintenu. Mais il eſt à obſerver que ce vice-Légat avoit été notoirement agréé par le roi, & qu'enſuite il fut conclu qu'on ne donneroit aucun trouble audit vice-Légat, & qu'on recevroit toutes les proviſions qu'il auroit accordées, en conſéquence d'une lettre écrite par lui à M. le premier préſident le 3 août 1670. Voilà la raiſon de la différence des deux arrêts, qui d'abord paroiſſent contradictoires, & qui cependant, à raiſon des circonſtances, ne doivent pas être regardés comme rendus dans la même eſpèce.

Quelquefois le parlement de Provence a permis aux vice-Légats d'exercer leurs facultés dans le reſſort, quoiqu'ils n'euſſent pas encore les lettres-patentes du roi. Il y en a qui ſe ſont pourvus en cette cour, pour obtenir, ſur leurs

provisions de vice-légation l'attache requise, & qui l'ont obtenue, à la charge de rapporter dans un temps déterminé leurs lettres-patentes; lequel temps passé, & faute de ce faire, les provisions par eux expédiées ne seroient pas reçues. Mais ce parlement ayant reconnu par le procédé de quelques vice-Légats, qu'ils vouloient faire un usage ordinaire de cette concession, ordonna par un arrêt du 22 novembre 1633, qu'à l'avenir il ne seroit accordé aucun *pareatis* en pareil cas, sans avoir, au préalable, rapporté en la cour les lettres-patentes du roi. Par un autre arrêt du 21 octobre 1619, il avoit été statué que le vice-Légat seroit tenu de rapporter les lettres de sa majesté dans un mois; lequel temps passé, il étoit défendu aux sujets du roi, de se pourvoir autre part pour les provisions de bénéfices, que pardevant l'ordinaire, ou pardevant l'archevêque d'Arles, comme plus proche métropolitain.

Selon les maximes du royaume, l'étendue des pouvoirs des Légats & vice-Légats d'Avignon dépend sur-tout: 1°. des clauses des bulles de leur légation: 2°. de la disposition des lettres-patentes nécessaires pour l'exécution de leurs bulles 3°. des clauses contenues dans les arrêts d'enregistrement.

Les bulles de la légation du cardinal Farnese, Légat d'Avignon en 1542, lui donnoient le pouvoir d'user dans sa légation des facultés de grand pénitencier de Rome. Cette clause ayant paru insolite au parlement d'Aix, il ne les enregistra qu'à la charge de rapporter les facultés du grand pénitencier de Rome, mentionnées èsdites bulles, dans trois mois, pour être communiquées au procureur-général. L'arrêt contient aussi d'autres

précautions, pour empêcher les entreprises du Légat. Mém. du clergé, t. 10, p. 1251 & suivantes.

Le parlement de Toulouse en enregistrant le 20 août 1565 les bulles de la légation d'Avignon, accordées au cardinal de Bourbon, a restreint les facultés de ce Légat par les modifications suivantes : » sans que ledit cardinal Légat
» puisse procéder à la réformation des statuts &
» priviléges des églises de fondation royale, pa-
» tronats & autres, sans appeler le procureur-
» général, les patrons, corps des universités,
» chapitres & collèges dont il traiteroit ladite ré-
» formation, ni procédant à icelles, déroger aux
» fondations séculières & priviléges obtenus en
» faisant icelles fondations, par les ecclésiastiques
» ou séculiers qui les auroient faites sur leur
» patrimoine & biens séculiers; ni user des fa-
» cultés de légitimes batards & autres personnes
» illégitimes, sinon pour être promus aux ordres
» sacrés, bénéfices & état d'église, & non pour
» les rendre capables de succéder, ou leur être
» succédé, ni obtenir états ni offices séculiers;
» ne pourra aussi donner permission d'aliéner biens
» immeubles des églises, pour quelque utilité &
» évidente nécessité que ce soit, par vente, per-
» mutation, inféodation, ou louage à longues
» années; ains seulement pourra bailler rescrits
» & délégations aux sujets du roi habitans de
» cette province, pour connoître, traiter & dé-
» libérer desdites aliénations, utilité, évidente
» ou urgente nécessité d'icelles; ne pourra ré-
» server aucunes pensions sur bénéfices, encore
» que ce soit du consentement des bénéficiers,
» sinon aux résignans quand ils résigneront à cette

» charge, ou quand ce sera pour la pacification » des bénéfices litigieux; & à la charge aussi » qu'icelle pension ne pourra excéder la troisième » partie des fruits d'iceux bénéfices, déduites » toutes charges, ni déroger à la règle *de veri-* » *simili notitiâ*, & à celle *de publicandis*, ni au- » trement contrevenir aux droits & prérogatives » du royaume, saints décrets & conciles, droits » des universités, libertés de l'église Gallicane, » concordats, édits & ordonnances du royaume, » sera tenu ledit cardinal Légat de faire registre » de toutes expéditions qui seront faites & ex- » pédiées pour la province de Narbonne; ne » pourra commettre ni députer en son absence » aucun vicaire ou substitut ayant pareille puis- » sance ou facultés que lui en la province de » Narbonne, mais pourra commettre un régent » de chancellerie, & autres officiers pour exécuter » ladite légation «. Preuves des libertés, ch. 24, n. 8.

Pendant que le cardinal Farnese étoit Légat d'Avignon, une grande question s'éleva entre lui & le cardinal de Lorraine sur l'étendue de ses pouvoirs. Le vice-Légat conféra un prieuré qui étoit à la collation du cardinal de Lorraine comme abbé de Cluny, à celui auquel le dernier possesseur l'avoit résigné, dérogeant à la règle *de infirmis*. Il s'agissoit de savoir si cette collation faite au préjudice de l'indult accordé au cardinal de Lorraine en 1550, étoit valable. Sur l'appel comme d'abus interjeté par ce cardinal, le roi renvoya la cause au parlement de Paris, où elle fut plaidée avec éclat. On ne voit pas qu'elle ait été jugée. Tournet & Dumoulin ont recueilli plusieurs des moyens qui furent employés de part & d'autre. Nous

croyons que les provisions accordées par le vice-Légat au préjudice du cardinal de Lorraine, étoient nulles, attendu que le pape lui-même ne peut déroger à la règle des vingt jours au préjudice de l'indult des cardinaux : ainsi jugé par arrêt du grand conseil du mois de mars 1682, sur ce fondement que le privilége des cardinaux tendant à conserver le droit des collateurs ordinaires, devoit être interprété favorablement.

On tolere en France le droit de prévention dans le Légat ou vice-Légat d'Avignon, ainsi que la faculté de pourvoir sur une simple démission ou permutation : mais on n'y reconnoît pas qu'il puisse admettre des résignations en faveur. Dans les principes de Dumoulin & de Louet on doit même rejeter une démission dans laquelle le résignant exprimeroit par forme de recommandation la personne en faveur de qui il souhaiteroit que le Légat ou vice-Legat disposât du bénéfice, sans la clause ordinaire des résignations, *non aliter*, *nec aliàs*, *nec alio modo*. Si le résignant ne désigne personne pour lui succéder, mais qu'il se réserve une pension, & mette dans sa démission la clause *non aliter*, alors les Légat & vice-Légat peuvent conferer le bénéfice à la charge de la pension réservée, lorsque leurs facultés vérifiées contiennent ce pouvoir.

Quoique les habitans de la ville d'Avignon soient regardés en France comme regnicoles, dit M. de Catelan, conseiller au parlement de Toulouse, néanmoins le vice-Légat est réputé étranger; en conséquence, il ne peut pas fulminer les bulles expédiées en cour de Rome en faveur des François. Telle est la jurisprudence du parlement de Toulouse, que cet illustre magistrat prouve par

deux arrêts, l'un du 30 janvier 1670, l'autre du 21 juin 1675, liv. 11 des arrêts remarquables de cette cour, chap. 56.

Le parlement de Provence, par arrêt du 15 décembre 1670, a déclaré abusif un rescrit du vice-Légat, en nullité de vœux, la réclamation n'ayant pas été faite dans les cinq ans.

Par arrêt du grand conseil du 3 septembre 1670, les appelans comme d'abus de l'obtention de fulmination d'une dispense pour contracter mariage au second degré d'affinité accordée par le vice-Légat, ont été déboutés de leur appellation. Leur moyen d'abus étoit que le vice-Légat, par ses facultés, n'a pas le pouvoir de dispenser au second degré d'affinité.

On ne s'oppose point en France à ce que les Légat & vice-Légat d'Avignon puissent accorder des monitoires dans les provinces de leur légation, sur le refus des archevêques & évêques, en gardant l'ordre hiérarchique. Le parlement d'Aix, par arrêt du 18 juin 1674, a déclaré n'y avoir abus dans l'obtention d'un monitoire décerné par le vice-Légat sur le refus de l'archevêque d'Aix : mais il faut que le refus des ordinaires soit constaté, & que le vice-Légat en fasse mention, faute de quoi le monitoire seroit abusif.

Il a été jugé au parlement d'Aix, par arrêt du 22 mai 1670, que le vice-Légat ne peut déroger à la fondation d'un bénéfice, ni à un patronage laïque.

Le Légat ou le vice-Légat ne peuvent conférer les bénéfices au préjudice des indultaires, quand même leurs facultés contiendroient ce pouvoir : l'exercice en seroit arrêté par les limitations que les parlemens y mettent dans l'arrêt d'enregistrement.

Dans la vice-légation d'Avignon, il étoit d'usage de tenir registre de l'heure des dates, & d'en délivrer des certificats sous le nom de *instrumentum de horâ*, auxquels certificats les parlemens d'Aix & de Grenoble avoient égard pour décider la préférence entre les différens pourvus, de manière que dans la jurisprudence de ces cours, les provisions du vice-Légat accompagnées du certificat de l'heure de la date, étoient préférées aux provisions données le même jour par le collateur ordinaire, dans lesquelles la date & l'heure ne se trouvoient point marquées, ou lorsque l'heure y énoncée étoit postérieure à celle portée par l'*instrumentum de horâ*, délivré à la vice-légation. Il est aisé de comprendre combien cet usage étoit contraire aux maximes du royaume, & préjudiciable aux droits des collateurs ecclésiastiques dont les provisions sont préférées à celles de cour de Rome, datées du même jour; en sorte qu'un tel usage tend à introduire une prévention non par jour, mais par heure, dont le pape lui-même ne jouit point en France. Aussi l'assemblée générale du clergé de 1740, & celle de 1745, firent au roi leurs remontrances pour abolir cet usage. Sur ces remontrances est intervenue la déclaration du 10 novembre 1748, dont l'article 111 porte que la seule date du jour sera utile & regardée comme telle en toutes provisions bénéficiales, sans que dans le cas de la concurrence entre deux provisions données le même jour, soit par le vice-Légat ou par d'autres collateurs, la date de l'heure marquée dans l'une puisse lui faire donner la préférence sur celle qui ne contiendroit que la date du jour. Mém. du clergé, t. 12, p. 823, jusqu'à 829.

Les

Les mêmes assemblées du clergé de 1740 & 1745 ont fait réformer une jurisprudence abusive, suivant laquelle les provisions obtenues en la légation d'Avignon, sur démission ou permutation, n'étoient point sujettes aux formalités de l'insinuation prescrite par l'article 13 de l'édit de 1691. Par l'article 1 de la déclaration de 1748, dont nous venons de parler, sa majesté déclare nulles & de nul effet toutes provisions sur démission ou permutation, soit des collateurs ordinaires, soit de la vice-légation d'Avignon, en cas que les demissions ou permutations, ensemble les provisions expédiées sur icelles, n'aient pas été insinuées deux jours francs avant le décès, le jour de l'insinuation & celui du décès non compris.

Le cardinal Ottoboni a été le dernier Légat d'Avignon, depuis 1693 ; il y a eu des vice-Légats, jusqu'au temps où Louis XV s'est emparé de cette ville, comme faisant partie de son ancien domaine. Lorsque le roi a jugé à propos de rendre cette ville au pape en 1774, on a mis à la place du vice-Légat, un président qui en a exercé les fonctions jusqu'au rétablissement du vice-Légat.

(*Cet article est de M. l'abbé* REMY, *avocat au parlement*).

LÉGATAIRE. On appelle ainsi celui à qui est faite, par testament ou autre acte de dernière volonté, une donation dont l'héritier doit faire la délivrance.

Tout ce qui peut avoir rapport au fond & à la forme de ces sortes de donations, fera la matière de l'article LEGS. Nous nous bornerons ici aux Légataires mêmes, c'est-à-dire, aux objets dans

lesquels leur personne est considérée ou mise en action.

§. I. *Division des Légataires en particuliers & en universels. Différence des uns & des autres d'avec un héritier. Concours des qualités d'héritier & de Légataire dans une même personne.*

On distingue deux sortes de Légataires, les uns universels, les autres particuliers.

Un Légataire universel est celui à qui le testateur laisse la totalité ou une portion par quotité de ses biens disponibles, comme une moitié, un tiers, un sixième.

Un Légataire particulier est celui à qui le testateur ne laisse que des choses particulières, soit en espèce, comme une maison; soit en genre, comme un troupeau; soit enfin en quantité, comme une somme d'argent.

La distinction du Légataire universel d'avec le Légataire particulier est de la plus grande importance, sur-tout lorsqu'il est question de savoir quelle charge ils doivent supporter l'un & l'autre; mais elle n'est pas toujours aisée à faire.

Pour qu'un legs soit universel, il ne suffit pas toujours qu'il comprenne la totalité, ou une quotité d'une certaine espèce de biens. Un arrêt du 24 mars 1620, rapporté par Auzanet, a déclaré particulier un legs de tous les livres du testateur. Il faudroit dire la même chose d'un legs de tous les meubles meublans, de tous les habits, de tous les biens-fonds d'une certaine province, d'une hérédité qui étoit échue au testateur. » Mais, » dit le Brun, si on lègue tous ses meubles & » droits mobiliers, le legs est universel; ainsi, » nous ne distinguons que trois sortes de biens

» dont on puisse faire des dispositions universelles, » en se conformant à la disposition des coutumes : » les meubles, les acquêts & les propres «.

Pourroit-on regarder comme universel un legs qui seroit fait en termes particuliers, mais qui comprendroit réellement tout ce que le défunt possédoit d'une certaine espèce de biens ? Non, répond Ricard, parce que, » dans les successions, » nous ne considérons pas seulement le présent & » ce qui nous paroît, mais nous y comprenons » aussi la possibilité & l'espérance ; d'ailleurs le » legs étant d'un corps particulier, la disposition » est certaine & arrêtée, & il n'en est pas de » même que quand il est question d'un legs uni- » versel & indéfini, par exemple, de tous les » acquêts, parce que la disposition étant conçue » en ces termes, elle ne peut recevoir son explica- » tion que suivant la maxime de droit, *bona* » *non dicuntur, nisi deducto ære alieno*, & les » acquisitions du défunt ne peuvent être dites » telles, qu'en déduisant les dettes dont elles sont » chargées «.

Mais, dans ce cas, l'héritier ne peut-il pas, en abandonnant au Légataire tous les acquêts du défunt, rendre universel le legs particulier que le testateur avoit fait de tels & tels biens provenans de ses acquisitions ? Ricard décide encore pour la négative, parce que ce seroit altérer les dispositions du défunt, ce qui n'est pas au pouvoir de l'héritier.

Cependant, ajoute le même Auteur, si l'héritier étoit en cela aidé de la loi, c'est-à-dire, si, par l'abandon qu'il feroit, il se restreignoit aux biens dont la coutume interdisoit la disposition au testateur, cet abandon changeroit le legs particu

lier en legs universel. La chose a été ainsi jugée par arrêt rendu en la quatrième chambre des enquêtes, le 6 août 1743, inséré dans le recueil de M. Lépine de Grainville.

La différence d'un héritier d'avec un Légataire particulier, se fait sentir d'elle-même : l'un n'est donataire que de choses certaines & déterminées, l'autre est successeur d'une universalité.

De là vient qu'un enfant peut répudier l'hérédité de son père, & demander le legs que celui-ci lui a laissé, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse du 6 mai 1699, rapporté par M. de Cattellan. Quand deux objets sont tout-à-fait disparates, rien n'empêche d'accepter l'un & de rejeter l'autre ; il ne faut pas même distinguer à cet égard si le cohéritier, à qui le testateur a fait un prélegs, est étranger ou descendant. La loi 17, §. 2, D. *de legatis* 1°., dit en général que *Si uni ex hæredibus fuerit legatum, hoc ei deberi officio judicis familiæ erciscundæ manifestum ; sed etsi abstinuerit hæreditate, consequi eum legatum posse constat.* Si cependant le testateur faisoit des prélegs à un héritier qu'il institueroit seul, celui-ci ne pourroit pas retenir les prélegs en répudiant, soit parce qu'on lègue inutilement à un héritier unique, suivant la loi 18, D. *de legatis* 1°., soit parce que la répudiation de toute l'hérédité testamentaire rendroit tous les legs caducs, suivant le §. 2, I. *Quibus modis testamenta infirmentur.* Il faut aussi remarquer que les prélegs ne pourroient pas non plus être demandés par le cohéritier qui répudieroit sa portion héréditaire, s'il paroissoit que le testateur ne les eût faits qu'en considération de l'institution. On peut voir à ce sujet Boniface, tome 5, page 151.

Il ne paroît pas d'abord aussi aisé de discerner

un héritier d'avec un Légataire universel. La loi 128, D. *de regulis juris*, semble même nous porter à les confondre : *Hi qui in universum jus succedunt*, dit-elle, *hæredis loco habentur.* Cependant un peu d'attention fait sentir l'extrême différence qu'il y a de l'un à l'autre. Un héritier est saisi, au moment de l'ouverture d'une succession, de tous les droits actifs & passifs qui la composent ; un Légataire universel au contraire n'est, comme on le verra ci-après, saisi de rien avant que l'héritier ne lui ait fait la délivrance de son legs : ainsi, l'un reçoit de la loi, ou de la volonté du défunt (dans les endroits où elle a ce pouvoir), l'impression de la maxime, *le mort saisit le vif* ; l'autre attend sa saisine de celui que le testateur a chargé de remplir ses dispositions. Le premier représente la personne du défunt ; le second n'est qu'un simple successeur de biens. Ce qu'on appelle *nomen juris*, *universum jus defuncti*, repose sur la tête de celui-là ; celui-ci n'a pas le même avantage, & conséquemment on ne peut pas lui appliquer la règle de droit que nous venons de citer.

Cette différence amène naturellement la résolution d'une question qui s'est présentée au parlement de Paris. Une mère avoit fait tous ses enfans Légataires universels, pour partager entre eux également tous ses biens. Un de ces enfans ayant renoncé à la succession, voulut ensuite prendre part dans le legs ; ses frères s'y opposèrent & l'en firent débouter par sentence du présidial d'Abbeville ; mais, sur l'appel, la sentence fut infirmée le 20 février 1674, & il fut ordonné que délivrance seroit faite au fils qui avoit renoncé, de sa part du legs universel porté dans le testament de sa mère. Le journal des audiences nous

retracé les moyens que les parties employoient dans cette affaire. Les intimés disoient qu'un Légataire universel tient la place d'un héritier, sur-tout en ligne directe, qu'ainsi leur frère ayant renoncé à sa part héréditaire, ne pouvoit plus la demander en qualité de Légataire universel. L'appelant répondoit qu'il avoit renoncé au droit que lui donnoit la coutume, mais non à celui que la volonté de sa mère lui déféroit; que, suivant la loi 91, D. *de regulis juris*, *quoties duplici jure defertur alicui successio*, *repudiato novo jure quod antè defertur*, *superest vetus*; que l'on peut, aux termes de la loi 70, D. *de acquirendâ hæreditate*, accepter l'hérédité légitime après avoir répudié l'hérédité testamentaire; qu'ainsi rien n'oblige de faire passer la renonciation faite à une succession, pour une renonciation au legs, d'autant plus que *nemo præsumitur jactare suum*.

Ce que nous avons dit jusqu'à présent suppose visiblement que les qualités d'héritier & de Légataire universel ou particulier, ne sont pas tellement opposées l'une à l'autre, qu'elles ne puissent jamais concourir dans la même personne. Le droit commun autorise certainement ce concours; il n'y a qu'un certain nombre de coutumes qui le défendent. Voyez ce que nous avons dit là-dessus au mot HÉRITIER.

L'arrêt du 24 mars 1683, que nous avons rapporté dans cet article, pour faire voir que la coutume d'Amiens permet de réunir dans une même succession collatérale les qualités d'héritier & de Légataire, a encore prononcé sur une question assez remarquable: c'est de savoir si celui de plusieurs colégataires qui s'est porté héritier, & qui, en cette qualité, prend sa part dans les

quatre quints des propres, eſt obligé de la rapporter dans la maſſe du legs univerſel, pour être partagée également entre lui & ſes colégataires, qui ne ſont point héritiers.

On diſoit, pour établir l'affirmative, qu'un teſtateur eſt toujours préſumé vouloir l'égalité entre tous ceux qu'il a appelés à un même legs univerſel.

On répondoit, 1°. que l'héritier ayant un droit naturel dans les quatre quints des propres, on ne pouvoit pas préſumer que le défunt l'eût voulu obliger de les porter dans le legs, puiſque ces biens étoient indiſponibles.

2°. Si le teſtateur l'avoit voulu, il ne l'auroit pu faire que par forme de peine; il auroit dit qu'il vouloit que l'héritier portât dans la maſſe du legs univerſel, la part qu'il prendroit dans les quatre quints des propres, pour la partager avec ſes colégataires; qu'autrement il demeureroit exclus de la part qu'il avoit dans ce legs. C'eſt tout ce que le teſtateur pouvoit faire pour diſpoſer indirectement de la part légale de l'héritier: il ne l'a point fait; il a donc laiſſé l'héritier dans ſes droits.

3°. On ne peut rien ſuppléer au teſtament dans une eſpèce où l'on veut dépouiller un héritier de la portion des propres que la coutume lui donne, pour la faire paſſer à des colégataires qui ne ſont point appelés par la loi. Il faut pour cela une diſpoſition expreſſe & formelle. L'héritier eſt ſaiſi, *certat de damno vitando;* le Légataire qui veut le dépouiller ou partager avec lui, *certat de lucro captando.* Toute la faveur eſt donc pour l'héritier, & l'on ne peut pas interpréter à ſon préjudice la volonté du défunt.

Sur ces raiſons, il eſt intervenu une ſentence du bailliage d'Amiens, qui a débouté les Légataires non héritiers de leur demande, à fin d'obliger l'héritier Légataire de rapporter & mettre en partage la portion qu'il avoit priſe dans les quatre quints des propres; & ſur l'appel qui en fut interjeté par les premiers, elle a été confirmée par l'arrêt cité.

§. II. *Quelles ſont les perſonnes à qui l'on peut léguer?*

On peut léguer à tous ceux qui ne ſont déclarés par aucune loi incapables de libéralités teſtamentaires.

Il y a à cet égard deux ſortes d'incapacités, l'une reſpective, l'autre abſolue. Ce que nous avons dit au mot INSTITUTION D'HÉRITIER, ſection 4, donne une idée ſuffiſante de cette diſtinction. Nous n'entrerons pas ici dans le détail des incapacités reſpectives; on les trouvera développées dans les articles AVANTAGES, ADULTÈRES, BATARD, CONFESSEUR, APOTHICAIRE, MÉDECIN, AVOCAT, PROCUREUR, APPRENTIF, NOVICE, INCAPACITÉS, &c.

Les incapacités abſolues ſont à peu près les mêmes pour les Légataires que pour les héritiers. Nous allons les parcourir dans le même ordre que nous avons ſuivi à l'article INSTITUTION D'HÉRITIER.

1°. Il eſt conſtant que les perſonnes étrangères & même inconnues au teſtateur ne doivent pas être miſes au nombre des incapables de ſes libéralités.

2°. Il eſt également hors de doute que les per-

ſonnes incapables de léguer ne ſont pas pour cela incapables de recevoir des legs.

3°. Dans l'ancien droit Romain, les poſthumes qui ne devoient pas tomber en naiſſant ſous la puiſſance du teſtateur, étoient regardés comme inhabiles à profiter d'un legs : *Poſthumo quoque alieno inutiliter anteà legabatur*, dit Juſtinien en ſes inſtitutes, §. 26. Mais ce légiſlateur a corrigé cette juriſprudence : *Sed*, ajoute-t-il, *nec hujusmodi ſpecies penitùs eſt ſine juſtâ emendatione relicta*. Il faut voir ſur ce point l'article que nous venons de citer.

On trouve dans Boniface un arrêt du parlement de Provence du 4 avril 1686, qui juge valable un legs fait par un père à ſes poſthumes, quoiqu'ils fuſſent nés d'une ſeconde femme.

4°. Ceux qui ne ſont ni nés ni conçus au temps de la mort du teſtateur, peuvent-ils recueillir les legs qu'il leur a faits ? L'affirmative ſouffroit d'autant moins de difficulté avant l'ordonnance de 1735, que les inſtitutions mêmes étoient regardées comme valables en pareil cas. Auſſi trouvons-nous dans le journal des audiences un arrêt du 20 mars 1643, qui a fait délivrance d'un legs à un enfant dont la naiſſance étoit poſtérieure de treize mois au décès du teſtateur. Brillon & Denizart en rapportent un autre du 11 août 1724, qui a jugé ſolemnellement la même choſe, ſur les concluſions de M. Gilbert de Voiſins.

Mais l'ordonnance de 1735 n'a-t-elle point dérogé à cette juriſprudence, en déclarant, art. 49, » que l'inſtitution d'héritier faite par teſta-
» ment ne pourra valoir en aucun cas, ſi celui ou
» ceux au profit de qui elle aura été faite,

» n'étoient ni nés ni conçus lors du décès du testa-» teur « ? Il faut répondre que non : cette loi ne parle que de l'institution d'héritier ; on ne peut donc pas l'étendre aux legs, parce que toute ordonnance qui abroge, corrige ou modifie le droit ancien, doit être resserrée dans ses termes précis. Il y a d'ailleurs sur ce point une raison de différence entre l'institution & le legs : l'institution ne peut point être suspendue, au moins par une disposition qui n'est pas conditionnelle ; il faut qu'elle ait son effet aussi-tôt que la succession est ouverte, & comme cela ne peut pas arriver lorsque l'institué n'existe pas encore, il a paru convenable au législateur de la déclarer nulle en ce cas. Les legs au contraire peuvent être suspendus pendant un certain temps : on peut même en limiter la durée, & comme disent les interprètes, *legari potest ad tempus & ex tempore* : ainsi rien n'empêche qu'ils ne puissent comprendre des personnes à naître, & qu'ils ne doivent recevoir une entière exécution lorsque les Légataires sont nés.

Denizart trouve cependant cette opinion » *très-» extraordinaire*, parce que, dit-il, la première con-» dition pour être Légataire est sans doute d'exister, » puisqu'il faut avoir non-seulement l'existence natu-» relle, mais même l'existence civile, & qu'il » est impossible de concevoir une propriété ac-» tuelle résidente sur la tête d'un individu qui » n'existe point encore & qui peut-être n'existera » jamais «. Mais ce procureur qui auroit dû se borner à compiler des arrêts sans se mêler d'en faire la critique, ne connoissoit pas la loi 51, D. *de legatis* 2°., qui permet de léguer à un incapable pour le temps où il sera capable ; ce

qui emporte certainement la faculté de léguer à un enfant à naître pour le temps où il sera né. Voici les paroles de ce texte : *Si ita quis testamento suo cavisset :* illi quantùm plurimùm per legem accipere potest, *utique tunc cùm quandò capere potuerit, videtur ei relictum.*

5°. Les Romains suivoient, par rapport aux esclaves, les mêmes principes sur les simples legs que sur les institutions. La loi 12, §. 2, D. *de legatis* 1°., porte que *regula juris civilis est ut quibus ipsis legare possumus, eorum quoque servis legare possimus.*

Cette règle admettoit une exception à l'égard de l'héritier ; quoiqu'on pût lui faire des prélegs, on ne pouvoit cependant pas léguer à son esclave. *An servo heredis rectè legemus, quæritur ; & constat purè inutiliter legaris* : ce sont les termes du §. 32, I. *de legatis.*

Les serfs & main-mortables que l'on voit encore en certaines provinces sont incontestablement habiles à recueillir des legs.

6°. Les prisonniers de guerre étoient relativement à la faculté de recevoir des legs, comme par rapport à celle d'être institués héritiers. S'ils mouroient dans les fers, les legs qu'on leur avoit faits pendant leur captivité devenoient caducs ; si au contraire ils rentroient dans le sein de la patrie, ils recueilloient ce qui leur avoit été légué. *Si ei qui in hostium potestate est, legatum fuerit, & is apud hostes decesserit ; nullius momenti legatum erit, quamvis post liminio confirmari potuit*, dit la loi 101, §. 1, D. *de legatis* 1°.

Dans nos mœurs, les prisonniers de guerre sont indistinctement habiles à être Légataires. S'ils meurent captifs, ils transmettent leurs legs à leurs

héritiers ; s'ils recouvrent la liberté, ils les recueillent eux-mêmes, parce que dans un cas comme dans l'autre ils ne perdent aucun des droits de cité.

7°. Les excommuniés ſont indubitablement capables de legs ; les hérétiques au contraire en ſont incapables. Nous avons rapporté au mot INSTITUTION D'HÉRITIER les textes qui établiſſent ces deux propoſitions.

L'incapacité des hérétiques n'a cependant pas toujours été reconnue en France. Lorſque la religion prétendue réformée y étoit tolérée, les partiſans de cette ſecte avoient le même droit que les catholiques de recevoir des libéralités teſtamentaires. Nous trouvons néanmoins deux arrêts qui nous apprennent que l'on cherchoit même alors à ſe rapprocher juſqu'à un certain point des loix Romaines. Par le premier, rendu le 20 janvier 1569, » un legs pitoyable de cinq cents liv. » laiſſé aux pauvres de l'égliſe réformée, fut adjugé au bureau des pauvres «. Ce ſont les termes de Chenu ſur Papon, livre 20, titre 6, n. 6. Par le ſecond, intervenu le 7 janvier 1626 & rapporté au journal des audiences, il fut » jugé » qu'un legs fait par un particulier de la ville de » Chartres de la religion prétendue réformée, aux » pauvres de ladite religion, devoit appartenir à » l'hôtel-dieu de ladite ville, où doivent être » reçus tant les catholiques que ceux de la religion prétendue réformée indifféremment .... » Et d'autant qu'en la cauſe deux particuliers » avoient pris la qualité de procureurs de la communauté des pauvres de la religion prétendue ré» formée, il fut ordonné, ſuivant les concluſions

» de M. l'avocat-général Talon, que la qualité
» seroit rayée «.

8°. Les aubains ne peuvent être faits Légataires universels ni même Légataires particuliers, parce que les actes qui pourroient seuls leur donner ces qualités, tirent toute leur force du droit civil, auquel ne participent point les étrangers non naturalisés. On leur permet cependant de recevoir des legs alimentaires, par la raison qu'en matière d'alimens on ne considère pas si celui qui en a besoin est capable ou non des effets civils. La loi 10, D. *de capite minutis*, établit nettement cette exception : *Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem Legatarii legatum intercidit : capitis diminutione tamen perseverat, videlicet quia tale legatum in facto potiusquàm in jure consistit.* Brillon nous a conservé un arrêt du 19 mai 1711, qui confirme la disposition de ce texte. Il s'agissoit d'une pension viagère d'alimens qui avoit été léguée à Marie d'Hellersbon, veuve du sieur de Macigné, étrangère non naturalisée, qui s'étoit mariée en France & avoit un enfant regnicole. On lui opposoit sa qualité d'aubaine, & l'on se prévaloit particulièrement de ce que son fils avoit reçu de la même testatrice plus de vingt mille écus ; on inféroit de là, que son fils pouvoit lui fournir des alimens, qu'elle avoit même une action pour l'y forcer, & qu'ainsi rien n'obligeoit d'adoucir en sa faveur la règle de droit public, qui déclare les étrangers inhabiles à recevoir par testament. Elle répondoit, qu'en fait de legs alimentaires il est indifférent que l'on soit regnicole ou aubain : que la fortune de son fils n'étoit pas une raison suffisante pour la priver

d'une libéralité que la testatrice ne lui avoit faite que pour lui épargner une action dure & fâcheuse. Sur ces moyens, il a été rendu aux requêtes du palais une sentence qui a fait délivrance du legs contesté; & l'héritier en ayant interjeté appel, elle a été confirmée par l'arrêt cité, rendu sur les conclusions de M. de Lamoignon. La cour ajouta néanmoins que la Légataire ne pourroit jouir de son legs, qu'en demeurant dans le royaume. Nous avons rapporté au mot ALIMENS un arrêt semblable du 20 décembre 1737. On peut voir aussi ce que disoit à ce sujet M. Talon lors de l'arrêt du 2 mars 1665, rapporté au journal des audiences.

9°. Les personnes condamnées à la déportation ou aux mines, étoient, dans le droit Romain, sur la même ligne que les étrangers, c'est-à-dire, incapables de toute autre espèce de legs que de ceux destinés à leur procurer des alimens. La loi 3, D. *de his quæ pro non scriptis habentur* le déclare formellement : *Si in metallum damnato quid extrà causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est .... nam pœnæ servus est.* Cette jurisprudence reçoit parmi nous une application exacte aux criminels condamnés pour toujours au bannissement hors du royaume, aux galères ou au cachot.

10°. Les simples relégués n'étoient pas inhabiles chez les Romains à recevoir des legs; & la même chose a lieu dans nos mœurs à l'égard des condamnés aux galères ou au bannissement pour un temps limité.

11°. En général il faut tenir pour constant que la mort civile, soit pour condamnation, soit pour profession religieuse, rend celui qui en est

affecté incapable de toutes dispositions testamentaires; mais il faut toujours excepter de cette règle les legs d'alimens: deux arrêts des 16 mai 1565 & 14 août 1584, rapportés par Carondas & Montholon, ont déclaré valable un legs d'usufruit fait à un religieux mendiant pour l'entretenir dans ses études. Un autre arrêt du 17 février 1615, rapporté par Auzanet, a jugé qu'un testateur avoit pu léguer une pension viagère à un carme (*).

On sent néanmoins qu'il est des cas où la mort civile met empêchement à l'exécution des legs d'alimens. Par exemple, ce seroit en vain qu'on feroit une pareille libéralité à un condamné à mort par contumace, puisqu'il ne pourroit en former la demande tant qu'il seroit en défaut de se représenter. Il en seroit de même d'une personne qui auroit encouru la mort civile par sa fuite hors du royaume. Comme les pensions viagères léguées aux aubains ne doivent leur être payées qu'autant qu'ils demeurent en France, il est évident qu'un regnicole qui se seroit rendu volontairement aubain en quittant sa patrie, ne pourroit demander le payement d'un legs de cette espèce, tant qu'il ne rentreroit pas en France.

12°. Les enfans mâles des condamnés pour crime de lèze-majesté ne peuvent recevoir aucun legs, pas même de pension viagère. La loi 5, C. *Ad legem Juliam majestatis*, est très précise sur ce

---

(*) Il faut cependant remarquer que la dispensation des legs n'appartient pas au religieux Légataire, mais à son supérieur. C'est même sous le nom de celui-ci que doit être intentée l'action en délivrance.

point : *Testamentis nihil capiant, sint perpetuò egentes pauperes.* » De ces derniers termes, dit » Furgole, il résulte clairement qu'ils sont même » déclarés incapables de recevoir des libéralités à » titre d'aliment : car le mot *nihil* qui est uni- » versel négatif, exclut tout & ne peut souffrir » aucune exception ; la loi voulant qu'ils soient » toute la vie dans la misère & dans l'infamie, » comme l'ajoute la même loi, *infamia eos paterna semper sequatur* «. Il faut cependant remarquer, & cette observation s'applique aussi à ce que nous avons dit là-dessus au mot Institution d'héritier, que plusieurs auteurs considèrent ces peines comme hors d'usage dans les pays coutumiers. Ecoutons Christin en ses décisions, tome 4, décis. 196. *Pœnæ hæ non servantur in Galliâ, quoad filios, quod etiam aliqui tenuerunt quoad eos qui sunt in hoc Belgio : servatur enim eis legitima in bonis patris, vel illis ipsis, præstantur alimenta, succeduntque aliis consanguineis & extraneis, nec efficiuntur infames moribus nostris, testibus Rebuffo & pluribus aliis per eum citatis.*

13°. L'ancien droit Romain déclaroit les célibataires incapables d'être faits Légataires par tous autres que leurs cognats jusqu'au sixième degré. Le même droit réduisoit à la moitié les legs faits aux personnes mariées qui avoient perdu leurs enfans. Mais la loi 1, C. *de infirmandis pœnis cælibatûs*, a abrogé ces deux incapacités.

14°. Les femmes que la loi *Voconia* rendoit autrefois inhabiles à être instituées héritières, sont dans nos mœurs, comme dans le dernier état du droit écrit, aussi capables que les hommes de recueillir les legs dont elles sont gratifiées.

15°. Ce que nous avons dit au mot Institu-

tion

TION D'HÉRITIER relativement à la veuve remariée dans l'an du deuil, ou *non petitis tutoribus*, s'applique ici sans la moindre restriction.

16°. Les bâtards que l'ancien droit Romain avoit frappés d'une incapacité absolue, comme on l'a vu à l'article que nous venons de citer, ne sont plus incapables que respectivement à leurs pères, mères & autres ascendans; encore ceux-ci peuvent-ils leur laisser des legs particuliers, pourvu qu'ils ne soient pas trop considérables; les dispositions universelles ou excessives étant les seules prohibées à leur égard.

17°. Nous avons examiné au même article, si les gens de main-morte légitimement établis sont capables de legs universels. Quant aux legs particuliers, on n'a jamais douté qu'ils ne fussent habiles à les recueillir, ou du moins cette question n'a souffert de difficulté que par rapport aux communautés dévouées par leur constitution à l'indigence & à la mendicité. La Clémentine *exivi de paradiso* (*), ouvrage du concile général de

---

(*) Voici les termes de cette loi canonique :

Necesse habent fratres qui se expropriatione tantâ à temporalibus abstraxerunt, ab omni eo quod dictæ expropriationi esset vel posset videri contrarium abstinere, quia igitur in successionibus transit non solùm usus rei, sed & dominium suo tempore in heredes, fratres autem præfati nihil sibi in speciali acquirere vel eorum ordini possunt, etiam in communi, declarando dicimus quòd successionum hujusmodi quæ etiam ex sui naturâ indifferentes ad pecuniam, & etiam ad alia mobilia & immobilia se extendunt (considerata sui puritate voti) nullatenùs sunt capaces. Nec licet eis valorem hereditatum talium vel tantam earum partem, quod præsumi posset hoc in fraudem fieri, quasi sub modo & formâ legati sibi dimitti facere, vel sic dimissa

Vienne, les a déclarées incapables d'institutions de legs considérables, & même de legs modiques d'immeubles & de rentes. Un arrêt du 24 mars 1385, rapporté dans l'ancien style du parlement de Paris, partie 5, question 62, en a adopté la disposition, en déboutant une communauté mendiante de sa demande en délivrance d'une rente qui lui avoit été léguée. Le parlement de Provence annulla pareillement, en 1732, un legs de cent livres de rente fait aux capucins de Jonquières. Mais comme la défense de recevoir des immeubles ou des legs excessifs de meubles, renferme implicitement la permission de recueillir des libéralités modiques, qui n'ont pour objet que des effets mobiliers, les religieux mendians sont regardés comme habiles, par rapport aux dispositions de cette dernière espèce. » Ils peuvent, dit Ricard, » prendre ce qui leur est laissé pour le bâtiment » de leurs maisons & les autres nécessités absolues, en ce que les choses qui leur sont données ne contreviennent pas aux termes de leur » règle, ni à la rigueur de leurs vœux. C'est ce » qui a été jugé par plusieurs arrêts, & entre » autres par un du 22 juin 1643, donné en l'audience de la grand'chambre, par lequel le legs » de la somme de dix-huit mille livres, fait aux » capucins du fauxbourg saint Jacques, pour être

---

recipere, quin potiùs ista sic fieri ab ipsis simpliciter prohibemus. Cùmque annui reditus inter immobilia censeantur à jure, ac hujusmodi reditus obtinere paupertati & mendicitati repugnet, nulla dubitatio est quòd prædictis fratribus reditus quoscumque, sicut & possessiones vel eorum etiam usum (cùm eis non reperiatur concessus) recipere vel habere (conditione consideratâ ipsorum) non licet.

» employée à rebâtir leur monastère & à leurs » autres nécessités, fut confirmé. Le même a été » depuis jugé par arrêt donné en la même au- » dience, le 19 janvier 1645, en ordonnant l'exé- » cution d'un legs de trois mille livres, fait par » le nommé Maurepas, aux capucins de la ville » d'Amiens, à prendre sur une rente qui lui étoit » due, pour être employée en l'acquisition d'une » maison située proche leur monastère, ou à leurs » autres nécessités «.

Il y a dans Soëfve un arrêt semblable du 18 mars 1655. M. Maynard, livre 5, chapitre 28, en rapporte un du parlement de Toulouse du 2 août 1584, qui confirme pareillement un legs de cinq cents livres fait à une communauté de cordeliers pour la réparation du couvent. Les religieux mendians, dit-il à ce sujet, ne peuvent posséder aucun immeuble, ni même aucune rente annuelle & perpétuelle, *tant petite soit-elle*, parce que la propriété est contraire à leur règle, dont l'extrême indigence est comme l'ame & le fondement. Mais, continue-t-il, on ne peut pas conclure de là qu'un legs modique de 500 livres, destiné aux réparations du couvent blesse leur observance, puisqu'il leur est permis *victum quærere per mendicitatem*, & conséquemment de recevoir tout ce qu'il faut pour réparer leur habitation, sans laquelle ils ne pourroient remplir les devoirs de leur état. Le journal des audiences, tome 4, livre 11, chapitre 25, fait mention d'un arrêt sans date, qui a confirmé sur ce principe » le legs » fait aux capucins de Chinon, d'une maison » pour loger les filles qui ont soin des ornemens » de leur sacristie & de recevoir les aumônes » qui leur sont faites «.

Il a même été jugé par arrêt du 20 août 1696, que les capucins sont capables de recevoir une rente qui leur est léguée par forme d'aumône. Dans cette espèce, le marquis de Nesle avoit laissé par son testament une rente de 200 livres à titre d'aumône aux capucins établis à Nesle, à condition que s'ils en sortoient, elle passeroit à l'hôtel-dieu de la même ville. L'hôtel-dieu prétendit la rente, sur le fondement que les capucins étoient incapables de la recevoir. Les héritiers, par la même raison, soutenoient que le legs étoit caduc & comme non écrit. Les capucins disoient au contraire, qu'encore que par leur règle il leur fût défendu de posséder aucun bien en propre, ils pouvoient cependant recevoir tout ce qu'on vouloit bien leur donner par forme d'aumône & d'alimens. » L'affaire portée à l'au» dience de la troisième chambre des enquêtes, » dit Augeard, M. l'avocat général d'Aguesseau » se tint à la sévérité de la règle & conclut » contre les capucins; mais la cour regardant le » legs comme une aumône, suivant les termes » du testament, le confirma par arrêt du 20 » août 1696 «.

Furgole va plus loin : il soutient que les religieux mendians sont capables d'institution universelle, & à plus forte raison de legs considérables. Il se fonde sur ce que les loix Romaines permettent aux fidèles de faire des libéralités de toute espèce aux corps & communautés ecclésiastiques, & qu'il n'y a point d'ordonnance dans le royaume qui y ait dérogé : » Il suffit, » ce sont ses termes, que les religieux de saint » François professent une règle approuvée, & que » leurs couvens soient légitimement établis, pour

» qu'on ne doive pas les diſtinguer des autres » ordres, qui ſont déclarés capables des inſtitu- » tions, comme des diſpoſitions à titre parti- » culier. . . . . ſauf néanmoins qu'étant inca- » pables, ſelon leur règle, de poſſéder aucuns biens » immeubles, ils doivent vendre tous ceux qui » ſe trouvent dans la ſucceſſion, & en employer » le prix aux néceſſités de leur ordre, ainſi que » les ſupérieurs le jugeront convenable. Le renon- » cement volontaire qu'ils ont fait à la poſſeſſion » de toutes ſortes de biens en général & en par- » ticulier ne doit pas les faire conſidérer comme » incapables des inſtitutions, tandis qu'il n'y a » aucune loi du royaume qui produiſe cette in- » capacité «.

Le fondement de ce ſyſtême eſt plus ſpécieux que ſolide. Il ne faut pas de loi expreſſe pour rendre les religieux mendians incapables de recevoir des diſpoſitions conſidérables; il ſuffit pour cela que leur conſtitution leur interdiſe la poſſeſſion des biens temporels, tant en commun qu'en particulier, parce que le prince qui les a reçus dans ſes états, eſt cenſé ne leur avoir permis d'y exiſter qu'en ſe conformant à leurs règles fondamentales. Auſſi le parlement de Toulouſe, quoique très-attaché au droit écrit, paroît-il regarder comme inconteſtable l'incapacité dont nous parlons. C'eſt ce qui réſulte d'un arrêt rapporté par Albert, au mot *teſtament*, article 25, qui a déclaré nulle une ſubſtitution faite en faveur des capucins, & confirmé des legs particuliers qui leur étoient laiſſés par le même teſtament.

Une obſervation qui ne s'applique pas ſeulement aux religieux mendians, mais encore à tous les gens de main-morte, eſt que les déclarations

de 1738 & 1739 rendues pour la Flandre, le Hainaut & le pays Meſſin, & l'édit de 1749 commun à tout le royaume, défendent de faire à l'avenir aucune diſpoſition de dernière volonté pour donner aux gens de main-morte des biens immeubles ou réputés tels; les mêmes loix veulent que de telles diſpoſitions ſoient déclarées nulles, quand même elles feroient faites à la charge d'obtenir des lettres-patentes, ou qu'au lieu de léguer directement des biens prohibés aux gens de main-morte, celui qui en auroit diſpoſé auroit ordonné qu'ils feroient vendus ou régis par d'autres perſonnes, pour leur en remettre le prix ou les revenus. Il faut donc rayer de tous les ouvrages publiés avant l'émanation de ces loix, tout ce qu'ils renferment pour établir la capacité des gens de main-morte de recevoir des legs d'immeubles ou de droits réels par teſtament, à la charge de les faire confirmer par le roi, ou de mettre les biens hors de leurs mains dans un certain temps: cette juriſprudence ne peut plus être d'aucun uſage.

Il faut cependant remarquer que par l'article 10 de deux déclarations des 20 juillet 1762 & 26 mai 1774, enregiſtrées dans quelques parlemens, il eſt permis aux hôpitaux & autres établiſſemens de charité, aux égliſes paroiſſiales, aux fabriques, & aux tables des pauvres, de recevoir par diſpoſitions de dernière volonté, depuis l'édit de 1749, & à l'avenir, des rentes, des biens fonds, & d'autres immeubles, le tout ſous certaines conditions dont on a rendu compte au mot Acquisition.

18°. Les legs faits à des perſonnes incertaines ſont régulièrement conſidérés comme non écrits.

Nous avons donné à l'article INSTITUTION D'HÉRITIER, un détail suffisant de tout ce qui peut avoir rapport à cette règle & aux exceptions qu'elle admet. Voici une espèce, rapportée par Denizart, qui rentre dans l'une de ces exceptions.

Un Languedocien qui demeuroit à Paris depuis long temps, y fit son testament, & par cet acte légua *à .... Biou, aîné, natif d'Aspirant en Languedoc, son cousin*, 300 *livres de pension annuelle & viagère.* Le testateur avoit en Languedoc plusieurs parens nommés Biou. Antoine Biou, un d'eux, très-âgé, avoit toujours reçu de lui certains secours, il étoit même son cousin-germain, mais il ne prouvoit pas qu'il fût né à Aspirant. Les autres Biou étoient de jeunes gens; leur parenté au testateur étoit très-éloignée, & d'ailleurs il ne les avoit jamais connus; mais leur père, nommé Biou de Montvert, avoit écrit au testateur différentes lettres par lesquelles il lui demandoit des secours, & qui étoient restées sans réponse : ces lettres n'étoient signées que du nom de Montvert, le seul sous lequel cet homme étoit connu. Dans cette position, le legs fut demandé par Antoine Biou & par le fils aîné de Biou de Montvert. La cause portée au châtelet, il intervint sentence, qui ordonna qu'Antoine Biou seroit tenu de justifier dans six mois, qu'il étoit natif d'Aspirant, sinon que délivrance du legs seroit faite à Biou de Montvert : mais par arrêt du 8 juin 1758, cette sentence fut infirmée, & le legs adjugé à Antoine Biou.

Une question qui trouve naturellement ici sa place, est de savoir si un testateur peut valablement léguer, ou charger son héritier de donner à une personne de confiance, telle qu'un curé,

un confeſſeur, un exécuteur-teſtamentaire, une certaine ſomme de deniers, pour être employée ou diſtribuée par cette perſonne, conformément à ſon intention déclarée verbalement, ſans qu'elle ſoit tenue de révéler le ſecret, ni de rendre compte de l'emploi de la ſomme.

Les chartes générales de Hainaut décident cette queſtion pour l'affirmative. » Si quelqu'un, portent-elles, chapitre 32, article 7, délaiſſoit » pluſieurs légats, pour être diſtribués à la diſ- » crétion de ſes exécuteurs, & ſelon qu'ils ſau- » roient de ſon intention, ſans autrement dé- » clarer perſonne, tels légats ſeront vaillables, » & ſeront crus leſdits exécuteurs par leur ſer- » ment, & en devront faire la délivrance où il » appartiendra «.

La juriſprudence des tribunaux a étendu cette diſpoſition aux autres coutumes. Joannes Galli rapporte un arrêt de l'an 1385, par lequel il fut jugé *quòd diſpoſitio Theobaldi Dozezean qui indiſpoſitione uxoris ſuæ quam dicebat ſcire ſuam voluntatem, poſuerat reſiduum bonorum ſuorum, & quam ad hoc executricem ſolam fecerat, erat valida.* Montholon nous en a conſervé un autre prononcé en robes rouges le 23 décembre 1580, par lequel il fut fait délivrance au curé de ſaint Jacques de la Boucherie, d'un legs de trois mille écus au ſoleil, pour être par lui employés en œuvres pies, ſuivant la volonté ſecrète du teſtateur. Brodeau fait mention d'un arrêt ſemblable du 14 avril 1615, dans l'eſpèce duquel il s'agiſſoit d'un legs de neuf mille livres fait à des exécuteurs-teſtamentaires, à la charge d'en faire la diſtribution à ceux que le teſtateur leur avoit déſignés verbalement. L'additionnaire de Ricard

nous en fournit deux autres ; l'un du 28 février 1678, rendu au profit du directeur spirituel du testateur ; l'autre du 27 janvier 1684, confirmatif d'un legs universel fait par un testateur à l'apothicaire qui l'avoit pansé dans sa maladie. Dans cette dernière espèce, le Légataire ne s'étoit pas tenu à un secret rigide sur les intentions du défunt, il avoit déclaré être chargé de distribuer ses biens à l'hôtel-dieu & à l'hôpital de Meaux. On lui objectoit, que n'étant pas capable de recevoir un legs universel, il ne devoit pas l'être non plus de faire une déclaration qui frustrât les héritiers. Mais il répondoit, qu'il n'avoit aucun intérêt à la chose, & qu'il n'étoit pas défendu de nommer pour exécuteur-testamentaire une personne incapable de profiter elle-même de la disposition. Il pouvoit citer à l'appui de cette défense, la loi 1, §. 1, D. *si quis aliquem testari prohibuerit* ; la loi 8, §. 14 D. *de inofficioso* ; la loi 42, D. *de legatis* 2°. ; la loi 28, D. *de legatis* 3°. & plusieurs autres textes dont il résulte que l'on peut disposer en faveur d'un incapable, lorsque l'on joint à la disposition la charge de restituer à une personne capable, parce qu'alors il ne sert que d'instrument, ou, pour ainsi dire, de canal aux libéralités du défunt. Peckius, Rodemburg & Voët concluent de là, & avec raison, que la prohibition des avantages testamentaires entre mari & femme, n'empêche pas que l'un ne puisse léguer à l'autre une certaine partie de ses biens, à la charge d'en faire la distribution aux pauvres. C'est aussi par le même principe qu'un arrêt du parlement de Rouen du 29 novembre 1696, a ordonné l'exécution d'un legs fait à un confesseur, pour être employé à des usages indiqués en confession, en affirmant par le Légataire que

la volonté du testateur lui avoit été déclarée sous le sceau de son ministère, & que le legs n'étoit destiné ni pour lui, ni pour aucun de ses parens, ni pour des personnes prohibées.

Faudroit-il juger de même dans le cas où le testateur, sans léguer une somme fixe & certaine, autoriseroit le ministre de ses pieuses libéralités à exiger de son héritier tout ce qu'il faudroit pour remplir ses intentions déclarées verbalement? Brodeau rapporte un arrêt du 26 novembre 1637, qui a décidé pour la négative, sur le fondement qu'un pareil Légataire pourroit abuser du pouvoir indéfini qui lui est donné, & épuiser toute la succession par des scrupules de conscience.

19°. La question de savoir si les témoins testamentaires sont capables de legs, ne souffre aucune difficulté dans le droit Romain. La loi 20, D. *qui testamenta facere possint*, la décide nettement pour l'affirmative. *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in Legatario & in eo qui tutor scriptus est contrà habetur, hi enim testes possunt adhiberi si aliud eos nihil impediat.* Le §. 11, I. *de testamentis ordinandis*, déclare par la même raison, que l'on peut léguer à ceux qui sont sous la puissance des témoins testamentaires; *& multò magis his qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.* Cette décision est fondée, suivant le même paragraphe, sur ce que les Légataires *non juris successores sunt.*

Plusieurs de nos coutumes au contraire déclarent les témoins inhabiles à recevoir des legs. Telles sont Paris, article 289; Normandie, article 412; Senlis, article 173; Nivernois, chapitre

33, article 12; Orléans, article 289; Vitry, article 102; Troyes, article 97; Saint-Quentin, article 21; Amiens, article 55; Vermandois, article 58; Rheims, article 289; Péronne, article 162; Tours, article 321; Châlons, article 97; Melun, article 245; & Mante, article 153.

Ce qui a déterminé ces coutumes à décider de la forte, eft qu'elles fe font beaucoup relâchées fur le nombre des témoins qu'exigeoit le droit civil pour la validité des teftamens. Il eft jufte en effet, puifque l'on fe contente de deux ou trois témoins, tandis que les Romains en demandoient fept & quelquefois huit, de vouloir qu'ils foient à l'abri de tout reproche & fans intérêt. Et comme cette raifon eft générale pour tous les pays coutumiers, on n'a jamais dû balancer à étendre les difpofitions dont elle a été le motif, aux coutumes muettes. Auffi Beaumanoir écrivoit-il en 1283 : » Il faut qu'ils » (les teftamens) foient témoignés par deux loyaux » témoins, fans fufpicion, & qu'ils foient tels » qu'ils n'aient nul profit au teftament : car s'ils » attendoient y avoir profit, leur témoignage ne » vaudroit rien «, & par conféquent, pouvons-nous ajouter, le teftament entier feroit nul; ainfi le legs fait à un témoin n'eft pas feulement nul & caduc, il vicie encore l'acte entier qui le renferme; ce qui eft particulier à cette efpèce d'incapacité.

Quoique cette doctrine foit puifée dans les vrais principes, & fondée fur la raifon même, on n'a pas laiffé de s'en écarter quelquefois. Dumoulin fur l'article 46 de l'ancienne coutume de Paris, qui défendoit auffi aux témoins de recevoir des legs, dit qu'il faut en excepter les legs modiques;

& il y a dans le journal du palais un arrêt du 29 mars 1677, rendu en la grand'chambre du parlement de Paris, sur les conclusions de M. Talon, qui a confirmé un testament avec le legs d'un tableau que le testateur y avoit fait à l'un des témoins : Ricard en rapporte un semblable du 15 mai 1648, intervenu dans la coutume de Vitry.

La même question s'étant présentée au conseil souverain de Brabant en 1644, il fut jugé, suivant M. Stockmans, que le legs fait au Légataire étoit nul, mais que le reste du testament devoit être exécuté.

L'ordonnance de 1735 a fixé la jurisprudence sur ce point. » A l'égard des Légataires universels » ou particuliers (porte-t-elle, article 43), ils ne » pourront être témoins que pour l'acte de suscription du testament mystique dans les pays où » cette forme de tester est reçue «. L'article 47 ajoute, que toutes les dispositions de cette loi *qui concernent .... les qualités des témoins, seront exécutées à peine de nullité.* Nous devons donc regarder les témoins comme absolument & indistinctement incapables d'être Légataires ; & ce qu'il y a de remarquable, cette décision n'a pas moins lieu pour les pays de droit écrit que pour les pays coutumiers.

Il faut cependant remarquer avec Ricard, » que » si le testament avoit été passé en présence de » trois témoins dans une coutume qui n'en désirât que deux, & que l'un de ces témoins eût » été fait Légataire, le testament & même le » legs particulier au profit de l'un des témoins » ne laisseroient pas d'être bons & valables, » parce que, lorsque la coutume a dit que les

» témoins employés en un teſtament ne doivent » pas être Légataires, elle n'a parlé que du nom» bre qu'elle a requis pour la ſolemnité de l'acte; » & pour le ſurplus leur ſignature n'étant pas » de l'eſſence du teſtament, elle ne peut avoir » d'effet contre eux que pour les convaincre qu'ils » étoient préſens lorſqu'il a été fait; ce qui ne » les rend point incapables de profiter des diſpo» ſitions qui ſont faites en leur faveur «.

20°. Le Légataire qui a écrit lui même la diſpoſition faite en ſa faveur, eſt incapable de la recueillir. Cette règle générale, qui a auſſi lieu pour les inſtitutions d'héritier, a été établie par le ſénatus-conſulte Libonien : en voici le développement.

D'abord, il eſt conſtant qu'elle s'applique auſſi bien aux diſpoſitions faites par codicilles, qu'à celles qui ſont contenues dans des teſtamens. La loi 15, D. *ad legem Corneliam de fàlſis*, y eſt formelle.

En ſecond lieu, l'incapacité du Légataire ne ceſſe point, quoiqu'il paroiſſe que le teſtateur a dicté lui-même la diſpoſition, & qu'il a ordonné de l'écrire : c'eſt ce que décident les loix 14 & 15 du titre que l'on vient de citer, ainſi que les loix 2 & 3, C. *de his qui ſibi adſcribunt in teſtamento.*

Troiſièmement, les diſpoſitions faites par des ſoldats ne ſont pas moins ſujettes au ſénatus-conſulte Libonien, que celles des autres. La loi 5, C. *de his qui ſibi adſcribunt in teſtamento*, en contient une déciſion expreſſe : *Quod adhibitus ad teſtamentum commilitonis ſcribendum, juſſu ejus ſervum tibi adſcripſiſti, pro non ſcripto habetur, & ideò id legatum petere non potes.* La loi dernière, D. *de his quæ pro non ſcriptis habentur*, décide précisément la même choſe.

Quatrièmement, la peine introduite par ce ſénatus-conſulte a auſſi lieu relativement aux conjoints entre eux ; témoin la loi 4, C. *de his qui ſibi adſcribunt in teſtamento*, dont voici les termes : *Quæ in teſtamento uxoris maritus ſuâ manu legata ſibi adſcripſerit, pro non ſcriptis habentur.* C'eſt une queſtion, s'il ne faut pas excepter de cette diſpoſition les teſtamens conjonctifs & réciproques entre perſonnes mariées. Perèze & Corvin, ſur le code, ſoutiennent la négative, & prétendent qu'un pareil acte écrit par le mari ne vaut qu'en faveur de la femme, & *vice verſâ ;* mais M. de Catelan atteſte que le parlement de Toulouſe s'eſt fait là-deſſus une juriſprudence contraire à l'opinion de ces auteurs. Du reſte, cette queſtion ne peut plus être d'aucun uſage parmi nous, depuis que l'ordonnance de 1735 a abrogé les teſtamens conjonctifs.

Cinquièmement, la loi 10, D. *de lege Corneliâ de falſis*, porte que la diſpoſition écrite par un fils de famille en faveur de ſon père ou de ſes frères, ſoumis comme lui à la puiſſance de leur père commun, n'eſt pas moins nulle que ſi elle étoit faite à ſon profit ſingulier, *quia hujus rei emolumentum ad patrem dominumve pertinet, ad quem pertineret, ſi filius ſervuſve ſibi adſcripſiſſet.* Mais, par la raiſon contraire, une mère, qui n'a jamais ſes enfans ſous ſa puiſſance, peut recueillir le legs qu'un d'eux a écrit en ſa faveur : *Et cùm matri filius adſcripſerat, divi fratres reſcripſerunt, cùm juſſu teſtatoris hoc ſcripſit, impunitum eveniſſe, matremque capere poſſe.* Ce ſont les termes de la loi 11, §. 1, du titre cité.

Sixièmement, il eſt évident par ce qu'on vient de dire, que le legs écrit par un père en faveur

du fils qu'il a en sa puissance, n'est pas plus valable que si le père l'avoit écrit pour lui-même. C'est ce qui résulte de la loi 14 du même titre, aux mots : *Prohibemur nobis vel his quos in potestate habemus adscribere legatum* ; & c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Provence de l'année 1645, rapporté par Duperrier, tome 3, liv. 3, quest. 14 : mais si le fils étoit émancipé, le legs seroit valable, parce que le père ne pourroit en tirer aucun profit. La loi 22, §. 2, D. *de lege Corneliâ de falsis*, justifie cette assertion. *Sed etsi emancipato filio adscribit, rectè id faciet.* De Cormis & Brillon rapportent l'arrêt que nous venons de citer, comme contraire à cette loi : c'est une méprise. Les défenses que Duperrier a fournies lors de cet arrêt, prouvent nettement que le fils n'étoit pas émancipé.

La disposition du sénatus-consulte Libonien admet plusieurs exceptions.

La première est lorsque le testateur fait lui-même la reconnoissance du legs écrit par celui qui doit en profiter. On distingue, à cet égard, les enfans non émancipés & les esclaves, d'avec les étrangers. Il suffit par rapport aux premiers, que le testateur déclare en général avoir dicté & approuvé les dispositions de son testament, parce que l'obéissance aveugle qu'ils doivent à leur père ou à leur maître, est pour eux un titre d'excuse (*). Il en est autrement des dispositions faites en faveur d'un

(*) Cependant la loi dernière, C. *de his qui sibi adscribunt*, veut qu'un esclave ne puisse profiter de la liberté qui lui a été léguée par son maître dans un testament qu'il a écrit, à moins que le testateur n'ait reconnu spécialement le legs.

étranger qui a écrit le testament; elles ne sont valables qu'autant que le testateur les a écrites lui-même, ou reconnu spécialement les avoit dictées. La loi 1, §. 8, D. *de lege Corneliâ de falsis*, établit nettement cette différence: *Inter filium & servum & extraneum testamentum scribentes hoc interest, quod in extraneo si specialiter subscriptio facta est*, quod illi dictavi & recognovi, *pœna cessat & capi potest. In filio vel servo, vel generalis subcriptio sufficit & ad pœnam evitandam & ad capiendam.* Il faut même, par rapport à un étranger, que la reconnoissance spéciale soit consignée dans l'acte qui contient la disposition, & il ne suffiroit pas qu'elle fût faite dans un codicille postérieur. C'est ce que décide la loi 2, C. *de his qui sibi adscribunt*, en ces termes: *Quòd si testamentum dictasse codicillis significavit, legato quidem vel fideicommisso abstinere debes.*

La seconde exception est lorsque celui qui écrit le legs n'en doit tirer aucun avantage; on en a déjà donné des exemples dans le fils qui écrit un legs pour sa mère, dans le père, pour son fils émancipé. La loi 11, D. *de lege Corneliâ de falsis*, nous en fournit un autre, en décidant qu'un père peut écrire un testament militaire, par lequel on dispose en faveur du fils soldat qu'il a sous sa puissance, parce que celui-ci doit en profiter seul. La loi 18 du même titre déclare pareillement qu'une femme peut recueillir le legs que lui a fait un étranger, quoiqu'il ait été écrit par son mari. La loi 10 va plus loin; elle décide que la disposition faite en faveur d'un tiers étranger, ne laisse pas de demeurer valable, lorsqu'après le testament le Légataire tombe en la puissance de l'écrivain de cet acte.

La troisième exception est marquée dans la loi 15, §. 6 du même titre : le testateur institue deux héritiers, & les charge de fidéicommis envers l'écrivain, pour le cas où ils viendroient l'un & l'autre à décéder sans enfans : dans cette espèce, le fidéicommis est valable.

La quatrième est pour les impubères. La loi 22 du même titre porte formellement que, *impuberem in hoc edictum incidere dicendum non est.*

La cinquième, qui est établie par la loi 1, C. *de his qui sibi adscribunt*, a lieu lorsqu'un fils unique, quoique émancipé, écrit lui-même le testament par lequel son père l'institue héritier, parce qu'il doit succéder indépendamment de l'institution. On sent par cette raison, qu'il en seroit autrement si le testateur avoit plusieurs enfans, & que celui d'entre eux qui écrit ses dernières volontés se trouvât avantagé. Cela résulte d'ailleurs de la loi 14, D. *de lege Corneliâ de falsis.*

Enfin, la loi 22, C. *de testamentis*, décide qu'on peut valablement faire des legs à celui que le testateur a chargé de rédiger & de dicter le testament, parce que le sénatus-consulte Libonien ne prononce la nullité que contre l'écrivain de la disposition, & que les peines ne doivent pas être étendues d'un cas à l'autre.

Le sénatus-consulte Libonien n'avoit pas été fait pour les testamens purement nuncupatifs, pas même pour celui dont l'héritier ou Légataire retenoit un mémoire par écrit, parce que ce n'étoit pas ce mémoire, mais la résumption des témoins qui le faisoit valoir.

Telles sont les principales décisions du droit Romain, touchant l'incapacité de l'écrivain d'un testament d'être héritier ou Légataire. L'ordon-

nance de 1735 n'y a rien changé ; » & comme » elle permet, dit Furgole, par l'article 9, au » testateur de faire écrire sa volonté consignée dans » un testament solemnel & mystique, tout ce qui » est ordonné par les loix Romaines, au sujet des » personnes qui écrivent les dispositions testamen- » taires, devra être observé dans les pays de » droit écrit (*), comme avant cette ordonnance.

» Mais comme elle veut, par l'article 5, que » le notaire écrive lui-même les testamens nun- » cupatifs dans cette espèce de testament, la » disposition du sénatus-consulte Libonien ne peut » avoir lieu qu'à l'égard du notaire qui auroit » écrit en sa faveur des legs ou d'autres libéra- » lités, & non pour les autres personnes qui au- » roient écrit ces testamens, ou bien des testa- » mens olographes ; parce que dans ce cas, si » tout autre que le notaire ou le testateur avoit » écrit le testament, il seroit nul & imparfait.

» Par la même raison, nous croyons que dans » les pays coutumiers où les testamens doivent » nécessairement être écrits, ou par l'un des no- » taires, suivant l'article 23 de l'ordonnance de » 1735, ou par le testateur, quand il fait une dis- » position olographe, selon l'article 20, la peine » du Libonien ne peut point y avoir lieu, ex- » cepté si le notaire couchoit dans le testament » qu'il a écrit, des dispositions en sa faveur, parce » que hors de ce cas le testament seroit nul & » imparfait pour la forme «.

(*) Et dans la coutume de Valenciennes. Voyez l'article 115 de cette loi municipale, & une déclaration du 19 décembre 1771, enregistrée le 4 février 1772.

Ce que dit ici Furgole de l'assujettissement des officiers publics qui reçoivent les testamens, à la peine du sénatus-consulte Libonien, est conforme aux loix du royaume. L'article 27 de l'ordonnance d'Orléans, porte, que *les curés, vicaires & gens d'église ne pourront recevoir les testamens & dispositions de dernière volonté, esquels aucune chose leur seroit donnée ou léguée.* L'article 63 de l'ordonnance de Blois confirme & interprète cette disposition : *pourront les curés & vicaires recevoir les testamens & dispositions de dernière volonté; encore que par iceux y ait legs à œuvres pies, saintes & religieuses, pourvu que les legs ne soient faits en faveur d'eux ou de leurs parens.*

Ces textes ne parlent point des notaires ni des autres officiers autorisés à recevoir des testamens; mais leur silence ne doit point nous faire croire que ceux-ci aient été regardés par nos législateurs comme capables d'écrire eux-mêmes des legs en leur faveur : il est bien plus raisonnable, dit Ricard, de présumer qu'il n'y avoit personne au temps de ces loix qui doutât du contraire, & » que la difficulté restoit seulement à l'égard des » curés & des vicaires qui se prétendoient exempts » de cette prohibition, à cause de la faveur qui » accompagne leur ministère, qui a été le sujet » pour lequel ces deux ordonnances ont été » faites «.

Les Pays-Bas ont sur ce point une loi qui confirme l'interprétation de Ricard, c'est l'édit perpétuel de 1611, dont l'article 12 porte : *Ils* (les témoins) *seront interpellés* (de signer) *par les* NOTAIRES, *curés ou vice-curés, auxquels nous défendons de recevoir esdits testamens qui se passeront pardevant eux, aucunes donations ou*

légats à leur profit ou de leurs parens, jusqu'au quatrième degré, selon supputation du droit civil inclusivement.

Cet édit & celui de Blois étendent d'une manière très-sensible la disposition du sénatus-consulte Libonien. On a vu plus haut que les loix Romaines laissoient subsister les legs écrits par un fils émancipé au profit de son père, par un père au profit de son fils émancipé, par un frère au profit de son frère dégagé comme lui des liens de la puissance paternelle, en un mot par tous ceux qui ne devoient recueillir, ni par leurs propres mains ni par le ministère des personnes soumises à leur puissance, ou à celle qui les lioit eux-mêmes, les dispositions dont il s'agissoit. Les loix Françoises & Belgiques sont plus sévères; elles annullent toutes les libéralités écrites par les curés & les notaires en faveur de leurs parens, & comme il n'y a ni curé ni notaire qui ne soit émancipé, du moins en pays coutumiers, il est clair que la puissance paternelle ne doit être d'aucune considération en cette matière, & qu'il faut seulement faire attention à la qualité de parent.

Il paroît cependant que les pays de droit écrit suivent encore la jurisprudence que les jurisconsultes Romains avoient établie sur cette matière: c'est ce qui résulte d'un arrêt du parlement de Provence du 16 janvier 1679, rapporté dans la suite de Boniface, qui a confirmé un testament fait au profit de la belle-mère du notaire.

Chorier sur Guy-Pape nous a pareillement conservé un arrêt du parlement de Dauphiné du 16 décembre 1654, qui déclare valable un legs de 600 livres fait à la fille de celui qui

avoit écrit le teſtament : on conſidéra, ſuivant cet auteur, que la teſtatrice avoit ordonné de conſerver à la fille les intérêts de la ſomme léguée, ce qui empêchoit le père d'en tirer aucun profit. Cette déciſion eſt, comme on le voit, calquée ſur un texte cité plus haut, qui permet à un père d'écrire un legs fait à ſon fils ſoldat par un de ſes camarades, parce que ce legs doit entrer dans le pécule caſtrenſe ſur lequel le père n'a aucun droit à exercer.

On a mis en queſtion ſi la peine du ſénatus-conſulte Libonien doit avoir lieu contre celui qui dreſſe le projet ou la minute d'un teſtament. La négative paroît aſſez conſtante dans le droit Romain. C'eſt mal à propos, dit Furgole, que les auteurs » ont prétendu que la diſpoſition étoit » nulle, quand la minute ou le mémoire ſe trouve » écrit de la main de l'héritier ou du Légataire, » quoique l'original ſoit écrit d'une autre main; » car, aux termes de la loi 6, D. *de lege Corneliâ* » *de falſis*, on ne tombe dans la prohibition du » Libonien, que quand il s'agit d'un teſtament » écrit revêtu de toutes les formalités de droit, » *hoc tamen tunc verum eſt cùm teſtamentum per-* » *fectum erit : cæterùm ſi non ſignatum fuerit,* » *magis eſt ut ſenatus-conſulto locus non ſit.* » C'eſt donc contre le droit que l'on veut étendre » le Libonien au cas où le teſtament n'eſt pas » parfait, & que le mémoire ou la minute en » ont été écrits par le Légataire ou par l'héritier; » car alors le teſtament ne vaut pas en vertu de » ce mémoire ou de la minute, mais en vertu » de la rédaction qui a été faite par le notaire » ſur la minute dreſſée auparavant. C'eſt ainſi que » l'a décidé Bartole, & que le parlement de

» Toulouse l'a jugé par un arrêt rapporté par » Albert «.

Cette doctrine n'est cependant pas adoptée dans tous les tribunaux. Anselmo sur l'édit perpétuel de 1611, rapporte un arrêt du conseil souverain de Brabant du 5 novembre 1618, par lequel un avocat qui avoit rédigé le projet d'un testament, fut condamné à cent florins d'amende, & privé du legs que lui avoit fait le testateur. M. Cuvelier nous fournit une décision semblable en son recueil d'arrêts du grand conseil de Malines; voici comme il s'explique : » Sur ce que le » procureur-général du conseil de Brabant, M. » Henri Florius, comme aussi Floris Vanwaure, » auxquels messire Antoine, comte d'Hooftraten » avoit par son testament fait quelques legs, sou- » tenoient iceux être valables, nonobstant que » l'un avoit minuté, & l'autre écrit au net le » testament en question, ils ont à la poursuite » de messire Charles, comte dudit Hooftraten, » été déchus de leurs legs par arrêt du mois de » mai 1616; ce qui est notable particulièrement » à l'égard dudit Vanwaure qui étoit au service » du testateur, auquel le commandement de son » maître servoit d'excuse «.

21°. La qualité d'exécuteur-testamentaire ne forme point d'incapacité pour recevoir un legs. C'est ce que décide Basnage sur l'article 430 de la coutume de Normandie; & tel est l'usage de tous les pays.

§. III. *Quel temps faut-il considérer pour savoir si un Légataire est habile ou incapable?*

Il est constant, aux termes du droit Romain, que le Légataire doit être habile au temps de la

confection du teſtament ou du codicille. En effet, la règle de Caton veut que le legs qui ſeroit nul ſi le teſtateur venoit à décéder immédiatement après avoir teſté, ne puiſſe pas être validé par les évènemens qui peuvent ſurvenir juſqu'à ſon trépas. C'eſt ce que nous apprend la loi 1, D. *de regulâ Catonianâ.* Or, le legs fait à une perſonne qui ſeroit incapable au temps du teſtament, n'auroit certainement aucun effet, ſi le teſtateur mouroit alors; il eſt donc impoſſible qu'il devienne valable par la capacité poſtérieure du Légataire. Cette raiſon ſeule prouve nettement qu'il faut conſidérer le temps du teſtament pour ſavoir ſi une perſonne eſt habile ou incapable de recueillir un legs; c'eſt ce que juſtifie encore la loi 59, §. 4, D. *de heredibus inſtituendis*, en même temps qu'elle déclare le temps intermédiaire entre le teſtament & le décès du teſtateur, tout-à-fait indifférent en cette matière. Les termes de ce texte ſont remarquables : *Si heres inſtitutus* SCRIBENDI TESTAMENTI TEMPORE *civis Romanus fuit, deindè ei aquâ & igni interdictum eſt, heres fit ſi intrà illud tempus quo teſtator deceſſit, redierit : aut ſi ſub conditione heres inſtitutus eſt, quo tempore conditio exiſtit.* IDEM ET IN LEGATIS.

On ne peut concevoir rien de plus déciſif que ces autorités. Cependant il y a des interprètes qui ſoutiennent qu'il faut ſeulement conſidérer ſi le Légataire eſt capable au temps de la mort du teſtateur. Ils ſe fondent ſur la loi 3, §. 2, D. *de jure fiſci*; ſur la loi 19, D. *de rebus dubiis*; & ſur la loi 24, D. *de legatis præſtandis.* Voyons ce que diſent ces textes.

Il s'agit dans la loi 3, §. 2, D. *de jure fiſci*, d'une libéralité faite ſous le nom d'une perſonne capable,

avec charge d'un fidéicommis tacite en faveur d'une perſonne incapable : comme le droit Romain adjuge au fiſc toutes les diſpoſitions frauduleuſes de cette eſpèce, on demande s'il faut en cela conſidérer le ſimple projet de fraude ou l'évènement; la loi répond qu'il ne faut faire attention qu'à l'évènement, en ſorte que le fiſc n'ait rien à prétendre lorſque celui qui doit recueillir le fidéicommis tacite ſe trouve capable lors de la mort du teſtateur. Voici les termes dans leſquels ce texte eſt conçu : *Quando autem fraus interpoſita videatur, agendum eſt : id eſt, utrùm exitus ſpectari deberet, an conſilium, fortè ſi tunc cùm tacitè fideicommittebatur, non capiebat is cui reſtitui jubebatur : mortis vero tempore capere poterat, vel contrà ; & placuit exitum eſſe ſpectandum.* Cette loi ne décide pas ſi le fidéicommis dont elle parle eſt valable à l'égard des héritiers, elle ſe borne à dire que le fiſc ne peut pas y prétendre : ce cas eſt donc tout-à-fait particulier, & la réſolution n'en eſt fondée que ſur la défaveur des confiſcations.

La loi 19, D. *de rebus dubiis*, veut ſeulement que l'on conſidère le temps de la mort du teſtateur, pour ſavoir quels ſont ſes parens, & en conſéquence qui ſont ceux qui doivent prendre part à un legs par lui fait à ſa famille. On ſent qu'il n'y a aucune analogie entre ce cas & la queſtion de ſavoir s'il faut être capable au temps du teſtament pour recueillir un legs.

La loi 24, D. *de Legatis præſtandis*, n'a encore rien de commun avec la capacité des Légataires; l'eſpèce en eſt très-ſimple : lorſque dans le droit Romain un teſtament étoit détruit par la demande en poſſeſſion des biens *contra tabulas*, on ne laiſſoit pas de conſerver les legs

faits aux enfans & aux parens du testateur. Il fut question de savoir si pour jouir de cette faveur il suffisoit d'avoir été au nombre des enfans ou des parens lors de l'ouverture de l'hérédité ; & la loi dont il s'agit prononça pour l'affirmative. En voici les paroles : *Intervenit illa quæstio, quando numero liberorum esse debet is cui Legatum datum est, ut id ferre possit à filio contra tabulas bonorum possessionem accipiente. Et placet sufficere in eâ necessitudine tunc esse quando dies Legati cedit.* Ce n'est pas la capacité, mais la qualité d'enfant que l'on considère ici ; & certainement on ne peut pas appliquer à l'une ce qui n'est établi que par rapport à l'autre.

Il faut donc tenir pour constant, que les loix Romaines exigent du Légataire qu'il soit capable de recevoir par testament lors de la confection de cet acte : & telle est incontestablement la jurisprudence de tous les pays gouvernés par le droit écrit, & même des pays coutumiers où ce droit est regardé comme loi subsidiaire. *Si maritus ultrajectinus*, dit Voët, *uxori mobilia contra statutum testamento reliquerit, ac deinceps translato in Hollandium domicilio moriatur, non convalescit Legatum, cùm & hîc verum sit uxorem testamenti conditi tempore bonorum mariti mobilium ex lege ultrajectinâ capacem non fuisse.*

En est-il de même dans les endroits où les loix Romaines ne valent que comme raison écrite ? Ricard soutient la négative. » Comme nous ne » sommes pas, dit-il, attachés à la disposition » du droit par une nécessité absolue, mais seu- » lement en tant que nous le trouvons juste & » raisonnable, il est bien à propos que nous en » laissions la rigueur pour en prendre l'équité &

» la raiſon, ſuivant la penſée même des juriſ-
» conſultes, leſquels ſi pour abolir autant qu'il
» étoit en leur pouvoir, la règle de Caton, ont
» eſtimé qu'elle ne devoit avoir lieu que pour
» l'ancien droit, & non pas à l'égard du nouveau,
» combien avons-nous plus de raiſon de ne la
» point admettre du tout dans notre juriſprudence,
» puiſqu'elle eſt abſolument ſéparée de la leur,
» & beaucoup plus que le nouveau droit n'étoit
» diſtinct de l'ancien? Auſſi la perſonne d'un Lé-
» gataire n'eſt conſidérable pour la perfection
» d'un teſtament que lors de l'échéance du legs....
» la prévoyance du teſtateur n'ayant lieu que pour
» l'avenir & pour le temps auquel il a voulu que
» ſa volonté eût effet..... de ſorte que quand
» le Légataire ſeroit incapable au temps que le
» teſtament a été fait, on doit préſumer que le
» teſtateur a prévu que le Légataire pouvoit ac-
» quérir ſa capacité dans le temps qui devoit s'é-
» couler juſques à l'exécution du teſtament, tous
» ſes ſoins & ſa volonté dans cet ouvrage n'é-
» tant attachés qu'à la conſidération du temps
» futur, & non pas de celui auquel il agit : & ainſi
» ne voulant donner qu'après ſa mort, & non
» pas au temps auquel il fait ſon teſtament, le
» legs, à proprement parler, n'a ſon com-
» mencement, ou du moins la perfection à l'é-
» gard du Légataire, que quand il a ſon effet.
» *Non enim videntur data quæ eo tempore quo*
» *dantur, accipientis non fiunt*, loi 127, D. *de*
» *regulis juris* «.

Bourjon dit pareillement, que » la capacité du
» Légataire au temps de l'échéance du legs eſt
» ſuffiſante.... Tel eſt, ajoute-t-il, l'eſprit de la
» loi, qui n'a voulu priver qu'un incapable, & non
» celui qui a ceſſé de l'être «.

Le Maitre sur la coutume de Paris, titre 14, & l'annotateur de Bourjon, soutiennent au contraire que le Légataire ne peut recueillir la disposition faite en sa faveur, qu'autant qu'il en a été capable lors du testament. On peut dire pour cette opinion, que les raisons de Ricard, quelque spécieuses qu'elles soient, ne prouvent rien, parce qu'elles prouvent trop : en effet, il en résulteroit que le testateur lui-même n'auroit pas besoin d'être habile à tester dans le temps qu'il dispose, & que la capacité dont il se trouveroit revêtu en mourant, répareroit le défaut le plus essentiel de ses dispositions. Cependant Ricard & Bourjon conviennent eux-mêmes du principe contraire, & l'annotateur de ce dernier rapporte un arrêt du 31 mars 1678, qui l'a adopté formellement, en déclarant nul un testament passé avant l'âge requis pour faire de pareils actes, quoique le testateur fût décédé après. Il seroit donc peu conséquent de ne pas exiger du Légataire qu'il fût capable au temps du testament.

Il résulte assez clairement de tout ce que nous venons de dire, que le Légataire doit encore être capable lors du décès du testateur ; & en effet il n'y a pas un auteur François ou étranger qui élève là-dessus le moindre doute.

A l'égard du temps où le Légataire accepte la disposition faite en sa faveur, Voët est d'avis qu'il faut aussi le considérer ; sa raison est que la capacité de l'héritier est constamment requise en ce temps ; voici comme il développe cette comparaison : *In herede capacitas requiritur tempore aditionis, ac uti heres adeundo re ipsâ acquirit universum jus defuncti, ita Legatarius agnitione legatum verè consequitur ; sicut in Legatario eadem agnitionis, quæ in he-*

rede aditionis ratio ſit. Mais un raiſonnement bien ſimple détruit cette opinion : la loi 64, D. *de furtis*, prouve que le Légataire acquiert de plein droit à la mort du teſtateur, la propriété de la choſe que ce dernier lui a laiſſée. On doit donc le conſidérer à l'égard de ſon legs, du même œil que l'on conſidère un héritier ſien par rapport à une ſucceſſion. Or un héritier *ſien* n'a beſoin de l'habilité à ſuccéder que dans deux temps, celui du teſtament & celui du décès du teſtateur ; l'époque de ſon immixtion eſt tout-à-fait indifférente, parce qu'il eſt ſaiſi de plein droit de l'hérédité qui lui eſt déférée. Il faut donc dire par la même raiſon, que l'incapacité ſurvenue au Légataire dans l'intervalle de la mort du teſtateur au temps de ſon acceptation, ne doit pas l'empêcher de recueillir ſon legs, & que l'habilité n'eſt requiſe à ſon égard que lors du teſtament & du décès de ſon bienfaiteur.

Il y a même pluſieurs cas où l'incapacité dans ces deux derniers temps ne forme aucun obſtacle au Légataire.

Le premier eſt lorſque le legs eſt conditionnel : il ſuffit en ce cas que le Légataire ſoit capable à l'échéance de la condition : c'eſt ce qui réſulte évidemment de la permiſſion que donnent la loi 62, D. *de heredibus inſtituendis*, & la loi 51, D. *de legatis* 2°., de faire des inſtitutions & des legs pour être recueillis lorſque l'héritier ou le Légataire ſeront capables. Il y a cependant des auteurs qui regardent cette opinion comme une erreur : ils ſe fondent ſur la loi 59, §. 4, D. *de heredibus inſtituendis* : mais ſi ce texte parle de la capacité au temps du teſtament, ce n'eſt que par rapport aux diſpoſitions pures ; à l'égard

des institutions & des legs conditionnels, il n'exige pas que l'héritier ou le Légataire soient habiles à d'autres époques qu'à celle de l'échéance de la condition. Il suffit, pour s'en convaincre, de bien peser les termes de cette loi; nous les avons rapportés au commencement de ce paragraphe. Ce qui prouve d'ailleurs que les Légataires conditionnels sont affranchis de la nécessité d'être capables au temps du testament, c'est que la règle de Caton, sur laquelle seule est fondée cette nécessité, n'a pas lieu dans les dispositions conditionnelles. La loi 41, §. 2, D. *de legatis* 1°. le porte expressément; en voici les paroles: *Purum legatum Catoniana regula impedit, conditionale non; quia ad conditionalia legata Catoniana non pertinet.* Nous avons cité plusieurs autres textes semblables, au mot INSTITUTION D'HÉRITIER. On ne peut donner une meilleure raison de cette jurisprudence, qu'en appliquant ici ce que dit Ricard dans le dernier passage que nous en avons rapporté.

Le second cas est lorsque le legs n'écheoit point à la mort du testateur, mais seulement à l'adition de l'hérédité. La loi 3, D. *de regulâ Catonianâ*, en contient une disposition bien précise: *Regula Catoniana non pertinet ad ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.* On verra au mot LEGS quelles sont les dispositions dont le droit Romain recule l'échéance jusqu'au temps de l'acceptation de l'hérédité.

Le troisième cas est pour les legs annuels: ils ont cela de remarquable, qu'ils sont dûs purement la première année, & conditionnellement les années suivantes. La loi 4, D. *de annuis legatis*,

explique très-bien cette particularité : *Si in ſingulos annos alicui legatum ſit, Sabinus cujus ſententia vera eſt, plura legata eſſe ait, & primi anni purum, ſequentium conditionale. Videri enim hanc ineſſe conditionem, ſi vivat : & ideò mortuo eo, ad heredem legatum non tranſire.* Il faut donc pour recueillir le legs de la première année, que le Légataire ſoit capable au temps du teſtament & à celui de la mort du teſtateur ; mais pour jouir des années ſuivantes, il ſuffit d'être capable à chaque échéance, & ſi ſa capacité éprouve des viciſſitudes, le legs s'éteindra & renaîtra avec elle. La loi 11 du titre que l'on vient de citer le décide ainſi en peu de mots : *Cùm in annos ſingulos legatur, plura legata eſſe placet, & per ſingula legata jus capiendi inſpicietur.*

Cette déciſion n'auroit cependant pas lieu ſi le legs annuel étoit laiſſé à titre d'alimens ; l'incapacité qui ſurviendroit au Légataire ne devroit pas ſuſpendre la perception d'un pareil legs. C'eſt ce qui réſulte de la maxime établie ci-deſſus, que l'on peut laiſſer des alimens à une perſonne incapable des effets civils, comme on l'a vu plus haut.

§. IV. *Principes ſur l'acceptation & la répudiation des Légataires.*

Quand un Légataire a toutes les qualités requiſes pour profiter de la diſpoſition du teſtateur, il faut encore qu'il rempliſſe certaines conditions avant d'en jouir.

La première de ces conditions eſt d'accepter le legs. Il n'eſt pas néceſſaire que cette acceptation ſoit expreſſe ; on peut la faire tacitement, comme

en formant une demande en délivrance à la charge de l'héritier ou de l'exécuteur-testamentaire, en se comportant en propriétaire de la chose léguée, &c. Voyez l'article ACTE D'HÉRITIER, & appliquez ici les règles qui y sont établies par rapport à l'adition d'hérédité.

Lorsque le Légataire n'accepte ni ne répudie, & qu'il s'agit d'un legs auquel le testateur a imposé des charges, celui qui est intéressé à l'accomplissement de ces charges, doit se pourvoir en justice & faire ordonner que le Légataire sera tenu d'expliquer son intention précise dans un certain délai.

Il y a un arrêt du parlement de Dijon du 28 juillet 1598, rapporté par Bouvot, qui juge, en conformité de cette règle, qu'un pupille à qui son ancien tuteur avoit fait un legs, à condition que le procès mû entre eux au sujet de l'administration tutélaire, demeureroit assoupi, devoit déclarer s'il entendoit remplir la condition ou poursuivre le procès.

Furgole rapporte un arrêt semblable rendu au parlement de Toulouse au mois de février 1726. Il s'agissoit d'un legs fait par un tuteur à son pupille, à la charge de ne pas demander le compte tutélaire. L'arrêt ordonne que le Légataire sera tenu de déclarer s'il entend accepter ou répudier la disposition du défunt, *sans pouvoir prétendre avant toute œuvre que le compte fût rendu pour délibérer, s'il convenoit d'accepter ou répudier le legs.*

Il ne faut cependant pas inférer de là, que le droit de délibérer n'a point lieu en matière de legs ; il suffit, pour sentir le contraire, de jeter les yeux sur la loi 31, D. *de testamento militis*, & sur la loi 16, D. *de rebus dubiis.*

On ne peut jamais être contraint d'accepter un legs ; c'est une conséquence nécessaire de la maxime *beneficium invito non datur.* C'est pour cela que, quoique régulièrement un testateur ne puisse pas faire dépendre ses libéralités de la pure volonté d'autrui, néanmoins la condition, si le Légataire le veut, ajoutée à une disposition de cette nature, ne la vicie pas, parce qu'elle y est toujours sous-entendue.

Ce principe n'est cependant pas sans exception. Carondas rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 9 avril 1596, qui a déclaré nulle la répudiation d'un Légataire chargé de dettes qui excédoient son actif, & a permis à ses créanciers d'accepter en sa place. Cette jurisprudence est reçue dans presque tous les tribunaux du royaume, mais au parlement de Flandre on se conforme au droit Romain, qui la condamne formellement. La loi 6, D. *quæ in fraudem creditorum*, est très-précise là-dessus : *Qui autem cùm possit aliquid quærere, non id agit ut acquirat, ad hoc edictum non pertinet. Pertinet enim edictum ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur.* Voyez l'article HÉRITIER, tome 29, page 163.

Un arrêt du 17 mars 1698 nous fournit une seconde exception à la liberté des acceptations de legs. En voici l'espèce. Un testateur qui a trois enfans, fait l'un d'eux son Légataire universel, à charge de substitution envers ses enfans, & à défaut d'eux, envers ses frères & leurs descendans. Après la mort du père, le Légataire universel se voyant seul héritier par la renonciation que ses frères avoient faite pour s'en tenir à des donations, prend le parti de renoncer à son

legs

legs, & de se déclarer héritier *ab intestat*. Son but étoit d'anéantir la substitution; mais ses frères qui y étoient appelés au cas qu'il vînt à mourir sans enfans, veulent le forcer d'accepter le testament.

La contestation portée aux requêtes du palais, on disoit pour le Légataire qu'il n'y a rien de plus libre que l'acceptation ou le refus d'une libéralité; que toutes les fois qu'une disposition testamentaire est accompagnée de quelque charge, il dépend absolument de l'héritier institué ou du Légataire, de s'en libérer en répudiant l'institution ou le legs; que la loi 78, D. *de legatis* 1°. le décide expressément en ces termes: *Fideicommissum quod à Legatario relinquitur, ita demùm ab eo debetur si ad Legatarium pervenerit.* Que l'abdication du legs n'emporte pas seulement la libération du Légataire, mais l'extinction totale de la charge, par la règle, *sublato princivali tollitur accessorium.*

On soutenoit au contraire pour les frères appelés à la substitution, que le Légataire ne pouvoit renoncer sans se mettre dans le cas de la réduction à sa légitime. Cette question, disoit-on, a été prévue dans le droit Romain & décidée en faveur du testament. Le titre du digeste *si quis omissâ causâ testamenti* en contient autant de dispositions que de loix: *Prætor*, dit la première, *voluntates defunctorum tuetur, & eorum calliditati occurrit qui omissâ causâ testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possident, ad hoc ut eos circumveniant quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas.* Ainsi, que le fils institué par son père accepte l'institution, ou se tienne à la qua-

lité d'héritier légitime, la chose est égale pour les Légataires particuliers & les fidéicommissaires, parce que dans le dernier cas le préteur leur donne une action pour l'obliger à acquitter les legs & fidéicommis.

Sur ces raisons, est intervenue sentence, par laquelle le testament a été confirmé, & le Légataire universel condamné à exécuter la substitution, si mieux il n'aimoit se contenter de sa légitime, auquel cas l'excédent de la succession seroit mis entre les mains de ses frères, qui donneroient bonne & suffisante caution de rapporter le principal & les intérêts aux enfans du Légataire universel, en cas qu'il en eût.

Le Légataire a appelé de cette sentence; mais elle a été confirmée par l'arrêt cité, rendu en la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. l'abbé Pucelle.

Quoique l'acceptation des legs soit régulièrement un acte de libre volonté, tous les Légataires ne sont pas pour cela capables de la faire d'eux-mêmes. Comme elle forme un quasi-contrat & qu'il en résulte un assujettissement aux charges que le testateur a attachées à sa libéralité, il est clair que celui qui ne peut pas s'obliger, ne peut pas valablement accepter un legs. Ainsi pour que l'acceptation soit efficace contre lui, il faut le ministère ou le concours de la personne dont l'intervention peut seule l'habiliter à contracter.

On dit, *pour que l'acceptation soit efficace contre lui*, car elle seroit toujours valable en sa faveur, quoiqu'elle fût faite par lui seul : c'est en ce sens que la loi 5, §. 1, D. *de acquirendâ hereditate*, & la loi 18, §. 4, C. *de jure deliberandi*, décident qu'un pupille & un interdit peuvent ac-

cepter une hérédité sans l'assistance de leur tuteur ou curateur.

On voit par là comment il faut entendre Brillon, lorsqu'il dit en son dictionnaire des arrêts, tome 4, page 68, » qu'un legs fait à l'église » ou aux hôpitaux ne peut être accepté sans M. » le procureur-général.

Il résulte de ce que nous venons de dire, par la raison des contraires, que tous ceux qui peuvent contracter, peuvent aussi accepter des legs sans assistance ni autorisation de qui que ce soit. L'ancien droit Romain admettoit cependant une exception à cette règle, & cela par rapport aux enfans de famille : comme les dispositions faites en leur faveur appartenoient à leurs pères, on ne leur permettoit pas, malgré leur habilité à passer toutes sortes de contrats, lorsqu'ils étoient majeurs, d'accepter d'hérédité ni de legs sans le concours de l'autorité paternelle, *ne æri alieno pater invitus obligaretur.* Mais cette jurisprudence ne subsiste plus depuis que l'empereur Justinien a attribué au fils de famille la propriété de tout ce qu'il acquiert, soit par son industrie, soit par la libéralité de ses proches ou de ses amis : on peut voir à ce sujet la loi 8, §. 6, C. *de bonis quæ liberis*, en observant que tout ce qui est dit dans ce texte par rapport à l'acceptation d'hérédité, doit aussi avoir lieu pour les legs & fidéicommis, comme le décident ces termes : *Quæ & in legatis & fideicommissis, tàm specialibus quàm per universitatem relictis, & in aliis causis quas suprà enumeravimus, similibusque eis, observanda sunt.*

La capacité de contracter n'est pas la seule condition que l'on exige du Légataire : pour que

l'acceptation par lui faite de ſon legs ſoit valable contre lui, il en faut encore pluſieurs autres.

D'abord il eſt eſſentiel pour l'efficacité d'une acceptation, que le teſtateur ſoit décédé & la ſucceſſion ouverte. La raiſon en eſt, que le legs eſt conſidéré comme dérivant de l'hérédité, & qu'il ne peut point y avoir d'hérédité d'une perſonne vivante.

En ſecond lieu, il faut que le Légataire connoiſſe en vertu de quel titre la choſe dont il s'agit lui a été laiſſée par le défunt, en ſorte que s'il acceptoit comme donation entre-vifs ce qui lui eſt déféré comme legs, ſon acceptation ne formeroit point pour lui un lien indiſſoluble, parce que l'erreur de fait vicie les contrats & par conſéquent auſſi les quaſi-contrats. La loi 22, D. *de acquirendâ hereditate*, en contient une déciſion expreſſe pour l'adition d'hérédité : *Ut quis pro herede gerendo obſtringat ſe hereditati, ſcire debet quâ ex cauſâ hereditas ad eum pertineat; veluti agnatus proximus juſto teſtamento ſcriptus heres, antequàm tabulæ proferantur; cùm exiſtimaret inteſtato patrem familiâs mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit.*

Troiſièmement, le Légataire ne peut ni accepter ni répudier un legs conditionnel avant l'échéance du jour ou de la condition que le teſtateur y a appoſés. C'eſt ce qui réſulte de la maxime établie par la loi 74, §. 1, D. *de regulis juris* : *quod quis ſi velit habere non poteſt, id repudiare non poteſt.* La loi 45, §. 1, D. *de legatis* 2°. eſt encore plus déciſive : *Si ſub conditione vel die certâ nobis legatum ſit, ante conditionem vel diem certum repudiare non poſſumus : nam nec pertinet*

ad nos antequàm dies vel conditio existât. La loi 21, §. 4, D. *de pactis*, n'est point contraire à cette décision : elle porte à la vérité que *filius familiâs de eo quod sub conditione legatum est, rectè paciscitur*; mais de ce qu'il est permis au Légataire conditionnel ou à jour certain de faire un pacte avec l'héritier, soit pour rendre son legs pur & simple, soit pour en faire la remise, il ne s'ensuit pas qu'il puisse accepter ou répudier efficacement avant que la condition ou le jour ne soit arrivé. Il faut mettre une grande différence entre l'acceptation ou la répudiation, & un pacte quelconque. L'acceptation & la répudiation sont des actes que le Légataire fait seul; & comme leur objet est de recevoir ou d'abdiquer la disposition faite en sa faveur, il faut, pour qu'elles puissent avoir leur effet, que cette disposition soit échue, autrement on ne peut pas dire que le Légataire fasse quelque acquisition, ni qu'il se dépouille de quelque chose. Le pacte au contraire, soit qu'il tende à confirmer le legs ou à l'anéantir, se fait entre le Légataire & l'héritier; c'est un contrat véritable & proprement dit : & comme on peut aussi bien contracter sur des biens ou des droits dont on n'a qu'une expectative incertaine, que sur ceux dont on a la saisine actuelle, il n'y a point de doute qu'on ne puisse faire un pacte valable & obligatoire concernant un legs dont la condition est encore en suspens. Pour tout dire en deux mots, avec M. le président Favre, *aliud est repudiare legatum conditionale, aliud de eo pacisci : repudiantur delata, paciscimur etiam de non delatis, arg. l. 46, D. de pactis, & l. 1, C. eod tit.*

Quatrièmement, il faut pour la régularité d'une acceptation de legs, qu'elle ne soit pas divisée;

en sorte que le Légataire ne peut pas accepter une partie du même legs & répudier l'autre partie : *Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare non potest*, dit la loi 38, D. *de legatis* 1°.

Mais l'acceptation partiaire est-elle absolument nulle, ou s'étend-elle à tout le legs, c'est-à-dire, le Légataire qui a limité expressément son acceptation à une partie, acquiert-il le legs en entier, ou doit-il être regardé comme n'ayant rien accepté ? La loi 75 D. *de acquirendâ hereditate*, dit que si l'héritier institué en la moitié, déclare n'accepter que pour un quart, il est censé ne rien faire, *magis est nihil actum esse.* Il semble qu'il doit en être de même par rapport aux acceptations de legs ; cependant la loi 58, D. *de legatis* 2°. paroît décider le contraire ; en voici les termes : *Si cui res legata fuerit, & omninò aliquâ ex parte voluerit suam esse, totum acquirit.* Pourquoi donc cette différence entre l'acceptation d'une hérédité & celle d'un legs ? Il seroit très-difficile de la concevoir, si elle existoit réellement ; mais on doit la regarder comme chimérique. La loi que nous venons de citer dit bien que celui qui accepte une partie de son legs, sans répudier expressément le reste, en acquiert la totalité, mais elle ne parle point du cas où le Légataire manifeste une volonté précise de n'accepter qu'une portion & de renoncer aux autres : en effet, on ne peut acquérir un legs que par l'intention que l'on en témoigne ; par conséquent celui qui ne veut être Légataire que pour une seule portion, ne peut l'être pour les portions qu'il répudie ; & comme d'un côté le legs est indivisible, & que de l'autre, on ne peut pas étendre l'effet de la volonté du Légataire au delà des bornes dans lesquelles il l'a

lui-même renfermée, il faut nécessairement regarder l'acceptation comme nulle & inefficace. La loi 75, D. *de acquirendâ hæreditate*, le décide formellement ainsi pour les acceptations d'hérédité : pourquoi ne diroit-on pas la même chose des acceptations de legs ?

La loi 58, D. *de legatis* 2°. n'y forme pas plus d'obstacle que les loix 10 & 80, §. 1, D. *de acquirendâ hereditate*, ne sont contraires à la loi 75 du même titre. Le premier de ces textes dit que l'héritier qui a intention d'accepter une partie de la succession qui lui est déférée pour le tout, *videtur in assem pro herede gessisse*. Voici comme Furgole lui-même le concilie avec la loi 75 : » Autre chose est se destiner pour recueillir » une portion, autre chose est vouloir se rendre » héritier pour partie & ne vouloir pas l'être » pour le surplus. Au premier cas il n'y a pas » une volonté expresse contraire qui fasse obstacle » à l'adition de l'entière hérédité ; au lieu qu'au » second cas la volonté expresse de ne prendre » qu'une partie annulle l'adition, parce que » celui qui peut acquérir toute l'hérédité ne peut » pas diviser son acceptation «.

La loi 80, §. 1, décide pareillement que celui qui est institué en plusieurs portions distinctes, concurremment avec d'autres héritiers, les acquiert toutes par cela seul qu'il en accepte une. » Cela » est vrai, dit encore Furgole, lorsqu'il ne paroît » pas d'une volonté contraire de l'héritier qui té- » moigne en acceptant qu'il ne veut qu'une por- » tion, & répudie les autres ; mais quand il montre » une volonté précise, qu'il ne veut accepter » qu'une portion, & qu'il renonce aux autres, » sa volonté ne pouvant pas être divisée, il ne

» peut rien acquérir, parce que sa volonté est indi-
» visible ; ainsi ne valant pas pour les portions
» répudiées, elle est inutile pour la portion ac-
» ceptée «.

On objecte que quand un colégataire a accepté la portion à laquelle il est appelé, si les autres portions viennent à vaquer par la répudiation de ses colégataires avec lesquels il est conjoint *re & verbis*, ou *re* seulement, ces portions accroissent à celle qu'il a acceptée. Mais on ne peut pas conclure de là, que quand un Légataire est appelé seul à un bien ou un effet quelconque, l'acceptation par lui faite d'une portion avec exclusion des autres, doit faire accroître les portions répudiées à celle qui est acceptée. La différence qu'offrent entre eux ces deux cas, est sensible : dans le premier, le Légataire n'a accepté qu'une partie, parce qu'il ne pouvoit pas prétendre à la totalité : dans le second, il a restreint son acceptation, parce qu'il l'a ainsi voulu. Dans l'un, on peut justement présumer qu'il auroit accepté le tout s'il l'avoit pu ; dans l'autre, il a donné lui-même des preuves certaines d'une volonté contraire. Enfin dans le premier cas, il est vrai que les portions vacantes accroissent à la portion acceptée, mais on laisse au Légataire la faculté de renoncer même à celle-ci pour se débarrasser du tout ; c'est ce qui résulte de la loi 55, D. *de acquirendâ hereditate*. » Tant il est vrai, dit Furgole, qu'un
» héritier (comme un Légataire) ne peut pas
» être obligé au delà de la volonté qu'il a té-
» moignée : qu'ainsi il n'est pas vrai que celui
» qui accepte une portion & répudie les autres,
» devienne héritier (ou Légataire) pour le tout :
» il est certain au contraire, que par une telle

» acceptation il n'acquiert rien & ne contracte
» aucune obligation «.

La défense de borner l'acceptation à une partie d'un même legs, n'a pas seulement lieu lorsque le legs est d'une seule chose, mais encore lorsqu'il renferme plusieurs objets réunis par forme d'universalité, tel qu'est le legs d'un troupeau, d'un pécule, d'une garderobe, &c. La loi 6, D. *de legatis* 2°. établit clairement cette proposition: *Grege autem legato, non possunt quædam sperni, quædam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est: idemque dicimus peculio legato, aut veste, aut argento, & similibus.*

Cependant, comme les droits actifs d'un défunt se partagent de plein droit à son décès entre tous ses héritiers, lorsqu'un Légataire meurt avant d'avoir fait son acceptation, laissant plusieurs héritiers, l'un d'eux peut répudier la portion qui lui est échue dans la chose léguée à son auteur, & les autres peuvent accepter chacun les leurs. La loi 38, D. *de legatis* 1°. met dans le plus grand jour cette différence entre le Légataire & ses héritiers: *Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest; heredes ejus possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet.*

Pareillement lorsqu'un testateur fait par un même acte plusieurs legs distincts à une seule personne, le Légataire peut en accepter un & répudier les autres: *sed duobus legatis relictis, unum quidem repudiare, alterum verò amplecti posse respondetur*, dit la loi 5, D. *de legatis* 2°.

Cette décision a lieu même dans le cas où une même personne est gratifiée de plusieurs legs par une seule disposition, comme lorsque le testateur

dit : Je lègue une maison, un fond de terre, un cheval & un tableau à Sempronius. Comme il y a dans cette phrase autant de legs que de choses léguées, le Légataire peut diviser son acceptation, c'est-à-dire, prendre les uns & rejeter les autres. C'est ce qui résulte clairement de la loi 2 du titre cité : *Quoties nominatim plures in legato exprimuntur, plura legata sunt. Si autem supellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, unum legatum est.*

Si cependant le testateur avoit imposé quelque charge à l'un des legs seulement, le Légataire ne pourroit pas répudier le legs onéreux pour se tenir aux autres : c'est ce que décident ces termes de la loi 5, §. 1, D. *de legatis* 2°. : *Sed si unum ex legatis onus habet, & hoc repellatur, non idem dicendum est.* La loi 22, D. *de fideicommissariis libertatibus*, nous en offre un exemple : elle porte que le Légataire d'un fonds, & d'une somme d'argent à laquelle est attachée l'obligation d'affranchir un esclave, ne peut accepter le legs du fonds, sans se mêttre dans la nécessité d'accepter pareillement celui de la somme d'argent.

La répudiation & l'acceptation étant deux contraires, doivent se régir par les mêmes règles, *contrariorum eadem est disciplina*; aussi la loi 18, D. *de acquirendâ hereditate*, dit-elle que, *is potest repudiare qui & acquirere potest*; & suivant la loi 21, §. 2, du même titre, *ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quidquam agere sciendum est.*

Ainsi, puisque pour accepter un legs il faut être capable de contracter, pour le répudier au contraire il faut être capable d'aliéner. Ce n'est pas

que la répudiation soit une aliénation proprement dite; la loi 6, §. 2, D. *quæ in fraudem creditorum*, citée plus haut, déclare nettement qu'on ne doit pas la considérer comme telle, par rapport à l'action Pauliane, parce que cette action n'a été introduite que contre ceux qui diminuent leur patrimoine en fraude de leurs créanciers: la loi 5, §. 13, D. *de donationibus inter virum & uxorem*, décide aussi que le mari qui répudie une hérédité pour la faire passer sur la tête de sa femme, soit comme substituée vulgairement, ou comme héritière *ab intestat*, ne fait point une donation, mais une simple omission d'acquérir; & en cela on s'attache strictement à la lettre de la loi, qui défend seulement aux conjoints de se dépouiller de leurs biens actuels en faveur l'un de l'autre. Cependant lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité des personnes qui peuvent ou ne peuvent pas répudier, on considère cet acte comme une aliénation, parce que, quoiqu'il ne diminue pas le patrimoine du Légataire, il lui ôte néanmoins l'action & l'espèce de domaine que la disposition du testateur lui avoit données. La loi 5, §. 8, D. *de rebus eorum qui sub curâ*, est très-formelle sur ce point; ce qu'elle dit du pupille peut s'appliquer à tous les incapables d'aliéner: *Fundum autem legatum repudiare pupillus sine prætoris autoritate non potest: esse enim & hanc alienationem, cùm res sit pupilli, nemo dubitat.*

De là il résulte, pour ne pas parler des autres incapables d'aliéner, que les gens de main-mortes, ecclésiastiques ou laïques, les hôpitaux, en un mot tous les établissemens qui jouissent des priviléges de la minorité, ne peuvent pas répudier un legs sans une délibération de la communauté,

ſuivie d'une autoriſation de juſtice donnée en connoiſſance de cauſe, & qu'autrement la répudiation doit être regardée comme non faite.

M. de Catelan rapporte à ce ſujet un arrêt aſſez remarquable, rendu au parlement de Toulouſe le 6 février 1681. Un teſtateur avoit fait un legs à la fabrique de Saint-Michel, ſous la charge d'un certain nombre de meſſes annuelles. Les marguilliers jugèrent la ſomme inſuffiſante, & en conſéquence répudièrent le legs; mais l'héritier ayant voulu les obliger de l'accepter, l'arrêt cité caſſa leur délibération, & leur ordonna de faire une acceptation en bonne forme, ſauf à eux à ſe pourvoir, ſi bon leur ſembloit, devant l'ordinaire, pour demander que la fondation fût réduite.

Nous avons dit plus haut, que l'acceptation d'un legs faite par un incapable de contracter, n'eſt nulle qu'en ce qui peut lui être déſavantageux. La règle des contraires demande donc que la nullité de la répudiation faite par un incapable d'aliéner, ne puiſſe jamais tourner à ſon préjudice; ainſi, quoiqu'une pareille répudiation ne lie pas celui dont elle eſt émanée, elle ſuffit néanmoins pour empêcher qu'il ne ſoit inquiété pour l'accompliſſement des charges attachées à ſon legs, juſqu'à ce qu'il l'ait accepté. La loi 21, D. *de autoritate tutorum*, contient la preuve & l'exemple de cette aſſertion: *Defendente tutore, pupillus condemnatus ex contractu patris, accepit curatorem inter quem & creditorem acta facta ſunt apud procuratorem Cæſaris infrà ſcripta:* Priſcus procurator Cæſaris dixit, facias judicata; novellius curator dixit, abſtineo pupillum; priſcus procurator Cæſaris dixit, reſponſum habes, ſcis quod

agere debeas. *Quæsitum est an secundùm hæc acta, adolescens à bonis patris abstentus sit : respondit, proponi abstentum.* » Autre chose est, dit à ce » propos Furgole, d'exclure les pupilles ou mi- » neurs de l'hérédité (ou du legs), ce qui ne » peut se faire que par une répudiation valable ; » autre chose est que le pupille ou le mineur ne » puissent pas être poursuivis par les créanciers ; » car il suffit pour cela qu'il n'y ait point d'ac- » ceptation «.

Il résulte clairement de ce que nous avons dit ci-dessus touchant l'acceptation du legs, que la répudiation de ces sortes de libéralités ne peut être faite valablement, ni avant le décès du testateur, ni avant l'évènement de la condition dont celui-ci a fait dépendre ses dispositions, ni enfin avant que le Légataire ne sache en vertu de quel droit, & à quel titre la chose dont il s'agit lui est déférée.

Ainsi, pour ne nous arrêter qu'à ce dernier point, le Légataire qui répudieroit l'effet ou le bien qui lui est légué, sans avoir eu connoissance du testament par lequel le défunt a disposé en sa faveur, ne seroit pas pour cela exclus de l'accepter, parce qu'en général on ne peut rien faire par rapport à un acte de dernière volonté, sans en avoir une connoissance exacte. C'est sur ce fondement que la loi 6, D. *de transactionibus*, déclare nulle une transaction faite sur un testament dont les parties n'avoient pas pris lecture, *non visis tabulis*.

C'est un principe constant, que l'acceptation nulle n'empêche pas celui qui l'a faite de répudier ; & réciproquement, que la répudiation invalide ne forme pas un titre d'exclusion.

Par la raison contraire, lorsque l'acceptation est valable, le Légataire ne peut plus répudier, comme il ne peut plus accepter quand la répudiation est bien faite. Développons les deux membres de cette règle.

Nous dirons d'abord que le Légataire ne peut régulièrement point répudier, lorsqu'il a accepté d'une manière valable & dans une forme régulière. Cette proposition est à la vérité combattue par des jurisconsultes d'un grand poids, & notamment par M. le président Favre. Furgole dit même qu'elle est communément rejetée au parlement de Toulouse : mais que peuvent les autorités contre les textes les plus précis ? La loi 70, §. 1, D. *de legatis* 2°. porte : *Si, pecuniâ acceptâ, rogatus sit rem propriam, quamquàm majoris pretii, restituere, non est audiendus Legatarius, legato percepto, si velit computare. Non enim æquitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, Legatarius offerat.*

La loi 33, D. *de minoribus*, permet au mineur lésé par l'acceptation d'un legs trop onéreux, de la faire rescinder par le bénéfice de restitution en entier ; preuve sensible que la faculté de répudier après avoir accepté, n'est point de droit commun ; aussi la loi le dit-elle bien expressément : *Ut quemadmodum majoribus liberum sit non accipere, si nolint manumittere, sic huic reddendo legatum manumittendi necessitas remittatur.*

La loi 5, §. 2, D. *de his quibus ut indignis*, déclare formellement, qu'un tuteur testamentaire qui a accepté le legs dont le testateur l'a gratifié pour l'engager à se charger de la tutelle de ses enfans, ne peut plus proposer d'excuses pour s'exempter de cette charge. *Amittere id quod testa-*

mento meruit, & eum placuit qui tutor datus excusavit se à tutelâ; sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem.

Ces différens textes font entendre bien clairement, que l'on ne peut plus répudier un legs après l'avoir accepté. La loi 1, §. 7, D. *de successorio edicto*, dit la même chose en termes plus précis : *Quod acquisitum est, repudiari non potest.*

Cujas, en ses observations, liv. 3, chap. 11, établit aussi ce principe, & il a été confirmé par un arrêt du parlement de Provence, que Duperrier rapporte en ces termes : » Un legs accepté ne » peut être répudié ; mais il en faut accomplir » la charge, par arrêt du 19 juillet 1635, au » rapport de M. de Boyer, entre Nicolas Faret » & Polixène de Boyer «.

On oppose à cette doctrine quelques textes, qui veulent qu'un Légataire ne puisse point être chargé au delà de l'émolument qu'il retire de son legs ; mais ces loix, que nous expliquerons dans le §. 7 de cet article, n'ont rien de commun avec la faculté de répudier, parce qu'à tout évènement il faut toujours satisfaire aux charges, jusqu'à concurrence de la valeur de la chose léguée. Il y a même, comme nous le ferons voir, des cas où l'on peut être grevé de plus de charges que l'on ne tire de profit.

On peut aussi nous opposer la loi 11, D. *de confirmando tutore* : en voici l'espèce. Une aïeule avoit nommé par son testament un curateur à ses petits-enfans, & lui avoit assigné un legs ; il fut question de savoir si ce curateur pouvoit être forcé à remplir les fonctions dont la testatrice l'avoit chargé. Le jurisconsulte Scævola répondit que cet

homme n'étoit point curateur, parce qu'une aïeule n'a pas le droit de choisir les personnes qui doivent administrer les affaires de ses petits-enfans; mais qu'étant honoré d'un legs par le testament, on pouvoit se pourvoir contre lui, pour l'obliger à gérer la curatelle, à moins qu'il ne refusât d'accepter le legs, ou qu'après l'avoir accepté, il ne fût dans la disposition de le rendre, *nisi id quod ei datum esset nollet petere, aut reddere esset paratus.* Cette décision paroît, au premier abord, contraire à tous les textes que nous avons cités pour établir l'impossibilité d'être admis à répudier un legs après en avoir fait l'acceptation, & particulièrement à la loi 5, §. 2, D. *de his quibus ut indignis*, portant, comme on l'a vu, que le tuteur testamentaire qui a accepté un legs, est tenu précisément de gérer la tutelle des pupilles confiés à ses soins, nonobstant les raisons légitimes qui l'en excuseroient sans cette circonstance : mais il y a tout lieu de croire que Scævola n'a répondu de la sorte, que parce que, dans l'espèce particulière sur laquelle il étoit consulté, les mineurs vouloient bien décharger le curateur, moyennant la restitution qu'il leur feroit de son legs, ou, si on l'aime mieux, il faut dire avec Azon sur la loi dont il s'agit : *Hoc intellige cùm accepit legatum, ignorans se curatorem datum in testamento; aliàs non posset relinquere curam, cùm legatum recepisset.* On peut aussi répondre que Scævola s'est déterminé pour la liberté de répudier après l'acceptation, parce que le Légataire avoit tout sujet de penser en acceptant, que sa nomination à la curatelle ne seroit d'aucun effet, étant contraire aux principes relatifs à la puissance paternelle.

Nous

Nous disons en second lieu, que lorsqu'un Légataire capable d'aliéner a répudié avec connoissance de cause & dans une forme valable, il ne peut plus revenir sur ses pas & demander son legs. C'est en effet ce qui résulte de la loi 36, D. *ad legem aquiliam*, aux mots *repudiante Legatario legatum, heredis est actio, perindè ac si legatus non esset (servus.)*

Nous avons rendu compte au mot HÉRITIER, du privilége qu'ont les enfans non émancipés en pays de droit écrit, de reprendre la succession de leur père ou de leur aïeul paternel dans les trois ans qui suivent la répudiation qu'ils en ont faite. On demande si ce privilége peut aussi avoir lieu par rapport aux legs que fait un père ou un aïeul à ses enfans non émancipés? Boniface rapporte un arrêt du parlement de Provence du 30 juin 1664, qui a jugé pour l'affirmative: » mais, dit » Furgole, il paroît de l'arrêt même, que les » enfans ne furent reçus à demander le legs ré- » pudié, que par la voie de restitution en entier: » ce qui est bien différent de la simple reprise, qui » se fait de plein droit, & sans que le fils ait » besoin d'être restitué en entier. Aussi Boniface » rapporte-t-il de très-bonnes raisons pour prouver » que la demande en reprise n'auroit pas été ac- » cueillie, si les enfans n'avoient eu le secours de » la restitution en entier...... Après tout, des arrêts » qui s'écartent des règles & qui peuvent avoir » des motifs particuliers, ne peuvent pas être » tirés à conséquence, parce que *legibus, non* » *exemplis judicandum est.* La répudiation faite » par un majeur, d'une hérédité, d'un legs, d'une » donation, l'exclut irrévocablement, à moins » qu'il n'ait un moyen légal pour faire résoudre,

» par la restitution en entier, l'acte qui cause
» l'exclusion ; & comme les loix n'ont permis la
» reprise que dans le cas unique de l'abstension
» ou répudiation d'hérédité, on ne peut pas
» l'étendre aux autres cas pour lesquels il n'y a
» point de loi qui ait fait des exceptions à la règle
» générale, qui donne un effet irrévocable à la
» répudiation «.

On ne devroit pas, ce semble, mettre en question si la règle qui empêche un Légataire d'accepter après avoir répudié, & de répudier après avoir accepté, doit s'appliquer aux coutumes qui déclarent les qualités d'héritier & de Légataire incompatibles ; en sorte que l'héritier présomptif ne puisse plus revenir à son legs après s'être immiscé dans l'hérédité, ni revenir à l'hérédité après avoir accepté son legs. Il est sensible en effet par l'incompatibilité des deux qualités, que l'on ne peut se tenir à l'une sans répudier l'autre, ce qui, joint au principe de l'irrévocabilité de l'acceptation & de la répudiation, ferme absolument la porte aux variations de l'héritier présomptif honoré d'un legs : cependant on cite des arrêts par lesquels on prétend qu'elles ont été admises.

Le sieur Noeau avoit fait le sieur Bourlon son Légataire universel, & avoit laissé un legs particulier d'une rente de 187 livres 10 sous à la demoiselle Chevalier son héritière *ab intestat.* Celle-ci demanda d'abord la nullité du testament ; déboutée par arrêt, elle se pourvut en délivrance de legs. Le sieur Bourlon lui répondit, qu'ayant pris la qualité d'héritière, elle n'étoit plus recevable à prendre celle de Légataire : néanmoins par arrêt du 17 mai 1677, rapporté au journal des audiences, la demoiselle Chevalier obtint son legs.

M. l'abbé de Flecelles, conseiller au parlement de Paris, avoit fait un testament, par lequel il léguoit l'usufruit de tous ses biens disponibles à M. de Flecelles son frère, & à ses enfans pour en jouir conjointement. Lors de la levée du scellé, les officiers qui y procédoient donnèrent à M. de Flecelles la qualité de Légataire universel : & il signa leur procès-verbal sans aucune protestation. Il prit la même qualité dans l'inventaire. Les délais pour délibérer expirés, M. de Flecelles reconnut par l'état des biens & par la considération de son grand âge, qu'il lui étoit plus avantageux d'accepter la succession des propres que l'usufruit des biens disponibles : en conséquence il fit signifier à M. Foullé du Coudray & à Marie de Flecelles sa femme, sœur du défunt, & héritière des propres pour la moitié, qu'il renonçoit à son legs & se tenoit à sa qualité d'héritier de l'autre moitié. La cause portée au châtelet, sentence intervint le 26 janvier 1675, qui le débouta de sa prétention, & adjugea tous les propres à la dame Foullé du Coudray. M. de Flecelles appela de cette sentence, & leva des lettres de rescision contre la qualité qu'il avoit prise de Légataire universel. Par arrêt du premier août 1676, » la cour ayant » égard auxdites lettres, a mis l'appellation & » sentence de laquelle a été appelé, au néant ; » émendant, a maintenu & gardé ledit Nicolas » de Flecelles en la qualité d'héritier en partie » des propres dudit Guillaume de Flecelles, en » possession & jouissance des deux quints desdits » propres «.

On croiroit sans doute au premier abord, que ces arrêts ont jugé nettement, la question de sa-

voir si l'on peut abandonner la qualité d'héritier pour prendre celle de Légataire, & *vice versâ* : mais pour peu que l'on en examine les circonstances, on verra combien peu de foi méritent ceux qui les présentent sous ce point de vue.

Dans l'espèce du premier, il n'y avoit point d'incompatibilité dans la personne de la demoiselle Chevalier entre les qualités d'héritière & de Légataire, parce qu'elle ne concouroit qu'avec un Légataire universel qui ne peut jamais se prévaloir de cette incompatibilité vis-à vis d'un successeur *ab intestat*. Voyez l'article HÉRITIER, tom. 29, page 222.

Dans l'espèce du second, les actes par lesquels l'héritier avoit pris la qualité de Légataire, portoient la clause, *sans que les qualités puissent nuire ni préjudicier* ; d'ailleurs M. de Flecelles se prétendoit en droit de se faire restituer contre son acceptation de legs, sur le fondement qu'elle n'avoit pas été faite avec pleine connoissance de l'état des biens ; & quoique cette prétention fût contraire aux premiers principes, il ne paroît pas néanmoins que les défenseurs de la dame Foullé du Coudray y aient opposé de bonnes raisons, aussi l'arrêt prononce-t-il en cette forme : *ayant égard aux lettres de rescision* ; ce qui prouve clairement que M. de Flecelles n'a été admis à répudier son legs, que par le bénéfice de restitution en entier, voie qui ne réussit pas toujours de même.

Il ne faut donc pas nous écarter des véritables règles pour nous conformer aux prétendues décisions de deux arrêts cités au hasard ; tenons au contraire pour bien constant, que dans les coutumes d'incompatibilité on ne peut ni revenir à l'hérédité après s'être porté Légataire, ni demander un

legs après avoir fait acte d'héritier. La coutume de la châtellenie de Lille, titre 2, article 12, s'explique là-dessus de la manière la plus précise: » On ne peut prendre portion d'hoirie & don de » testament, codicille ou autre dernière volonté, » & en appréhendant l'un on se prive de l'autre «. L'article 8 du titre 1 de la coutume de la ville de Lille s'exprime de même.

§. V. *Conduite que doit tenir un Légataire pour se procurer la jouissance de la chose à lui léguée.*

Lorsqu'un Légataire a accepté la libéralité dont le testateur l'a honoré, il lui faut nécessairement un moyen de s'en procurer la jouissance. C'est l'objet que nous avons à traiter dans ce paragraphe.

Il règne sur cette matière une grande confusion dans nos livres : la plupart des auteurs qui l'ont traitée, l'ont effleurée trop légèrement ; d'autres trop prolixes ont manqué d'ordre & de clarté : tâchons de marcher entre ces deux extrêmes.

Dans l'ancien droit Romain on distinguoit quatre espèces de legs, pour chacune desquelles on avoit introduit des actions différentes. Ceux de la première espèce se faisoient *per vindicationem*, ceux de la seconde *per damnationem*, ceux de la troisième *sinendi modo*, & ceux de la quatrième *per præceptionem.*

Le legs *per vindicationem* se faisoit par ces paroles, *do*, *lego*, *capito*, *sumito*, *habeto*, *&c.* Celui qui étoit gratifié d'une pareille disposition, avoit une action directe & réelle sur la chose léguée; il n'avoit pas même besoin que l'héritier lui

en fît la délivrance pour en devenir propriétaire. C'est ce que nous apprend Gaïus en ses institutions, livre 2, titre 5, §. 1, aux mots, *quod post mortem testatoris statim Legatarius, non expectato herede, sibi præsumit.*

Le legs *per damnationem* se faisoit en ces termes : *Heres meus damnas esto dare, dato, facito, jubeo heredem meum dare, facere ;* ce legs ne produisoit qu'une action personnelle, en sorte que le Légataire avant de toucher à la chose léguée, étoit obligé d'en demander la délivrance à l'héritier. C'est ce qu'atteste encore Gaïus à l'endroit cité, §. 2.

Un testateur léguoit *sinendi modo*, lorsqu'il s'exprimoit ainsi : *heres meus rem illam illum permitte præsumere & sibi habere ;* cette formule est de Gaïus ; Ulpien nous en fournit une autre conçue en ces termes : *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique habere.* Un legs de cette nature donnoit au Légataire le droit de se saisir de la chose qui en étoit l'objet, sans en demander la tradition à l'héritier : *in quo legato*, dit Gaïus, §. 6 du titre cité, *non quidem heres Legatario rem quæ relicta est, jubetur tradere, sed vindicanti Legatario non permittitur prohibere.*

Enfin le legs *per præceptionem* étoit celui qu'un testateur faisoit à un de ses héritiers qui le prélevoit par préciput dans le partage de l'hérédité. Ulpien nous apprend que la formule en étoit ainsi conçue : *Lucius Titius illam rem præcipito ;* & comme la qualité de préciput suppose celle d'héritier, on ne pouvoit, suivant Gaïus, léguer de cette sorte qu'à un cohéritier. Le jurisconsulte Paul ajoute par une conséquence du même prin-

cipe, que le prélèvement qui étoit l'effet de ce legs, se faisoit par l'action du partage d'hérédité, appelée en droit *familiæ erciscundæ*.

L'action réelle ou revendication ne peut provenir, comme le dit la loi 23, D. *de rei vindicatione*, qu'à celui qui est propriétaire de la chose dont il fait la demande. Ainsi, de ce que les legs *per vindicationem & sinendi modo* emportoient avec eux le droit de se saisir des choses léguées, il résulte nécessairement qu'ils faisoient passer de plein droit sur la tête des Légataires la propriété de ces choses. Par la raison contraire, il est évident que les legs *per damnationem & per præceptionem* dont il ne pouvoit naître que des actions personnelles, laissoient l'héritier propriétaire des choses léguées, jusqu'à ce qu'il en fût dépouillé par la délivrance.

Toutes ces différences qu'il est important de bien saisir pour l'intelligence exacte du droit actuel, ne subsistoient plus dans le dernier état de la jurisprudence Romaine. Quelques-uns regardent Constantin comme l'auteur de cette correction. Voici en effet ce que porte la loi 21, C. *de legatis : in legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia ; ita ut nihil prorsùs intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit*. Mais cette constitution ne fait qu'abroger la nécessité dans laquelle étoient auparavant les testateurs de se servir de certaines paroles plutôt que d'autres, à peine de nullité de leurs dispositions, & elle ne touche point aux différences qui avoient lieu, quant aux effets, entre les quatre espèces de legs, lorsqu'ils étoient faits dans les termes propres à chacun. La preuve en résulte de ce que

Justinien s'annonce dans la loi 1, C. *communi de legatis*, comme le premier législateur qui ait pensé à assimiler toutes ces dispositions les unes aux autres, ce qu'il fait en déclarant que tout Légataire aura, par quelque formule qu'il soit appelé, dorénavant une action personnelle & une action réelle : *Rectiùs igitur censemus omnibus Legatariis unam naturam imponere, & non solùm personalem actionem præstare, sed & in rem, quatenùs eis liceat easdem res, per quodcumque genus legati fuerint derelictæ, vindicare in rem actione instituendâ.*

De là il suit évidemment qu'aujourd'hui tous les Légataires, appelés purement & sans condition, de quelque manière que soient conçus leurs legs, sont propriétaires dès le premier instant du décès du testateur. Il faut donc leur appliquer à tous indistinctement, ce que la loi 80, D. *de legatis* 2°. ne pouvoit dire, suivant la jurisprudence de ce temps-là, que des Légataires *per vindicationem & sinendi modo*. Voici les paroles de ce texte : *Legatum ita dominium Legatarii facit ut hereditas heredis res singulas, quod eo pertinet ut si purè relicta sit, & Legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, rectâ viâ dominium quod hereditatis fuit ad Legatarium transeat, nunquam factum heredis.* La loi 64, D. *de furtis*, renferme la même disposition : si elle ne distingue pas plus que l'autre les legs *per damnationem & per præceptionem*, d'avec les legs *per vindicationem & sinendi modo*, c'est parce que Tribonien qui les a extraites des écrits des anciens jurisconsultes, les a adaptées à la nouvelle jurisprudence établie par Justinien.

Mais le principe que tout Légataire acquiert de

plein droit la propriété de ſon legs au moment de la mort du teſtateur, n'eſt-il point contraire à la néceſſité impoſée au Légataire d'accepter la diſpoſition faite en ſa faveur, s'il veut en recueillir l'effet? Non, cette contrariété n'eſt qu'apparente: un exemple très-analogue à notre objet la fera évanouir: on dit communément qu'un héritier ne devient propriétaire de l'hérédité que par l'acceptation qu'il en fait; & dans le vrai, s'il répudie on le regarde comme n'ayant jamais eu aucun droit aux biens du défunt: cependant lorſqu'il accepte, on feint par une de ces rétroactions très-ordinaires dans le droit, qu'il a été ſaiſi de l'hérédité dès le décès de celui à qui il ſuccède. Les loix 23 & 54, D. *de acquirendâ poſſeſſione* & *de acquirendâ hereditate* contiennent là deſſus les déciſions les moins équivoques. Il faut donc dire par la même raiſon, qu'un Légataire ne peut acquérir la propriété de ſon legs qu'en l'acceptant; que s'il répudie, on doit ſuppoſer que la propriété de la choſe léguée n'eſt jamais ſortie des mains de l'héritier; que ſi au contraire il l'accepte, ſa propriété doit rétrograder au temps du décès du teſtateur. C'eſt pour cela que d'un côté deux loix citées dans le paragraphe précédent décident qu'on ne diminue pas ſon patrimoine lorſqu'on répudie un legs, ce qui ſignifie très-clairement qu'on ne poſſède rien avant l'acceptation; & que de l'autre nous liſons dans pluſieurs autres textes, que le Légataire eſt ſaiſi de la propriété de ſon legs, dès que le teſtateur eſt décédé. Ces différentes déciſions ſeroient inconciliables ſans l'effet rétroactif que produiſent la répudiation ou l'acceptation au temps de l'ouverture de la ſucceſſion. La loi 44, §. 1, D.

de legatis 1°. s'explique à ce ſujet dans les termes les plus clairs : *Si quis rem ſibi legatam ignorans adhuc legaverit, poſteà cognoverit & voluerit ad ſe pertinere, legatum valebit, quia ubi Legatarius non repudiavit, retrò ipſius fuiſſe videtur ex quo hereditas adita eſt. Si verò repudiaverit, retrò videtur res repudiata fuiſſe heredis.*

Ces paroles, *retrò ipſius fuiſſe videtur ex quo hereditas adita eſt*, nous préſente une autre difficulté à réſoudre : ne ſemblent-elles pas décider que l'acceptation du Légataire ne fait remonter ſa propriété que juſqu'au jour de l'adition d'hérédité ; & dès lors n'eſt-elle pas contraire à la loi 80, D. *de legatis* 2°. qui rend le Légataire propriétaire du jour de la mort du teſtateur ? Voët croit concilier ces deux textes, en diſant que l'adition ayant un effet rétroactif au décès du teſtateur, ſuivant la loi 54, D. *de acquirendâ hereditate*, on ne doit trouver aucune différence entre la loi qui fixe l'époque de la propriété au jour de l'adition, & celle qui la fait remonter au jour de la mort. Mais cette ſolution n'eſt rien moins que juſte : le texte qui attribue un effet rétroactif à l'adition, ne parle que relativement à l'héritier, & il y a réellement de la différence par rapport aux legs entre *cedere à die mortis teſtatoris*, & *cedere ab aditâ hereditate* ; la preuve en réſulte de la loi unique, §. 1, C. *de caducis tollendis*, par laquelle Juſtinien ordonne que les legs purs & ſans condition n'échéront plus à l'avenir du jour de l'adition, mais du jour du décès du teſtateur. Il faut donc convenir, malgré les docteurs qui ne veulent point admettre d'antinomies dans le digeſte, que la loi 80, *de legatis*

2°. & la loi 44, §. 1 *de legatis* 1°. sont inconciliables. A laquelle donc faut-il nous tenir? C'est ce qu'il sera fort aisé de décider.

Dans l'ancien droit Romain, tous les legs échéoient régulièrement à la mort du testateur. La loi Papia en recula l'échéance au jour de l'adition, afin que les legs de ceux qui mourroient dans l'intervalle devinssent caducs & accrussent en cette qualité au trésor du prince. Mais Justinien a abrogé cette constitution fiscale & rétabli l'ancienne jurisprudence : *Cùm igitur .... non à morte testatoris, sed ab aperturâ tabularum dies cedere Legatorum senatusconsulta quæ circâ legem Papiam introducta sunt, censuerunt, ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat, primùm hoc corrigentes & antiquum statutum renovantes, sancimus ... Legatorum purè vel in diem certam relictorum, diem à morte testatoris cedere.*

D'après cela, on voit clairement que la loi 44, §. 1, D. *de legatis* 1°. est relative au droit établi par la loi Papia, qui étoit en vigueur lors de la compilation du digeste, & qu'au contraire la loi 80, D. *de legatis* 2°. & les autres semblables, se rapportent au droit nouveau, Tribonien les ayant rédigées conformément à la correction qu'il projetoit.

Il faut donc tenir pour constant, que la propriété du Légataire pur & sans condition date toujours du moment de la mort du testateur.

Mais cette propriété lui donne-t-elle le droit de s'emparer, de sa propre autorité, de la chose qui lui est léguée? Il sembleroit que l'affirmative ne fût susceptible d'aucun doute. Nous venons de voir que dans l'ancien droit les Légataires *per damnationem* & *per præceptionem* étoient obligés

de demander la délivrance à l'héritier, parce qu'ils n'avoient qu'une action personnelle, & qu'au contraire les Légataires *per vindicationem & sinendi modo* n'avoient pas besoin de la tradition de l'héritier pour devenir propriétaires, parce qu'ils étoient régardés comme tels dès le premier instant du décès du testateur, & que les loix leur donnoient une action réelle. Justinien a retranché les différences qui existoient avant lui entre les Légataires de ces deux classes; il a donné aux uns les mêmes actions qu'avoient les autres, & il a voulu que tous les priviléges qui distinguoient anciennement ceux-ci d'avec ceux-là, leur fussent communs à tous. D'après cela, ne devroit-on pas croire que ce législateur a tout-à-la fois conservé aux uns & attribué aux autres le droit de prendre possession de lèur propre autorité, sans attendre que l'héritier leur ait donné la délivrance de leurs legs?

Cependant il en a disposé autrement dans ses institutes, & cela en définissant le legs, *donatio quædam à defuncto relicta, ab herede præstanda.* Cette définition placée immédiatement avant le paragraphe dans lequel l'empereur rend compte du changement qu'il a fait à l'ancienne jurisprudence, en assimilant tous les Légataires les uns aux autres, annonce très-clairement que son intention a été d'assujettir tous les Légataires à la nécessité de la demande en délivrance.

Mais comment concilier cette jurisprudence avec celle qui fait passer directement la propriété du legs, de la tête du défunt sur celle du Légataire, & attribue à celui-ci une action réelle? Tout propriétaire n'est-il pas libre de prendre son bien où il le trouve?

Cette réflexion paroît avoir embarrassé M. Serres : voici la réponse qu'il y donne en ses institutions au droit François : » Quoiqu'il soit » vrai que la propriété des choses léguées passe » au Légataire en vertu du testament & sans » l'entremise ou le fait de l'héritier, cela ne pro- » duit d'autre effet que de transmettre le legs » aux héritiers du Légataire lorsqu'il vient à » mourir avant la demande ou la délivrance du » légat; ce qui n'empêche pas que le légat ne » doive toujours être demandé à l'héritier & par » lui délivré «.

Mais est-il bien vrai que la transmission du legs aux héritiers du Légataire, soit le seul effet de la propriété que celui-ci acquiert de plein droit à la mort du testateur? Peut-on même dire qu'il y ait quelque rapport entre ces deux objets? Avant Justinien, les legs *per damnationem* & *per præceptionem* se transmettoient comme les autres, & cependant la propriété n'en appartenoit aux Légataires qu'après la délivrance de l'héritier. C'est donc une erreur d'avancer que la seule raison pour laquelle on regarde le Légataire comme propriétaire du jour de la mort du testateur, est pour que son legs ne devienne pas caduc en cas qu'il décède avant d'en avoir obtenu la délivrance; & conséquemment il faut rejeter la conciliation proposée par M. Serres entre la qualité de propriétaire que les loix donnent au Légataire, & l'obligation qu'elles lui imposent de demander la délivrance à l'héritier.

Ne seroit-il pas plus naturel de dire que la délivrance ne tombe pas sur la propriété, mais sur la possession; qu'à la vérité les loix déclarent le Légataire propriétaire dès la mort du testateur,

mais qu'elles ne lui donnent la qualité de posſeſſeur légitime qu'après la délivrance de l'héritier ; que l'héritier ayant la grande main dans toute la ſucceſſion, eſt ſaiſi de plein droit de tous les biens & effets qui la compoſent ; que par conſéquent on ne peut lui ôter cette *ſaiſine* ou poſſeſſion ſans ſon conſentement ou l'autorité du juge, parce que perſonne ne peut ſe faire juſtice à ſoi-même ? Il ne faut que du bon ſens pour ſentir que tel eſt certainement le vrai motif des loix qui obligent le Légataire à demander la délivrance d'une choſe dont il eſt déjà propriétaire.

Mais, dira-t-on, ce n'eſt pas Juſtinien qui a introduit la maxime que perſonne ne peut s'emparer de ſon propre bien par voie de fait, elle a exiſté de tout temps : cependant avant Juſtinien il étoit permis au Légataire *per vindicationem* ou *ſinendi modo* de prendre de lui-même la choſe qui lui étoit léguée ; les paſſages de Gaïus & d'Ulpien cités plus haut en font foi. On ne peut donc pas regarder la défenſe d'uſer de voies de fait, comme le motif de la néceſſité de la demande en délivrance.

Je réponds qu'avant Juſtinien les Légataires *per vindicationem* & *ſinendi modo* étoient ce que ſont aujourd'hui tous les Légataires, c'eſt-à-dire, propriétaires du jour de la mort du teſtateur, & néanmoins aſtreints à la demande en délivrance. On diſtinguoit dans l'ancien droit deux ſortes de délivrances ; l'une avoit pour objet la poſſeſſion & la propriété tout enſemble ; l'autre ne tomboit que ſur la poſſeſſion : la première étoit celle que l'héritier faiſoit aux Légataires *per damnationem* & *per præceptionem*, parce que n'ayant qu'une action perſonnelle en vertu des diſpoſi-

tions faites en leur faveur, on ne pouvoit les considérer ni comme propriétaires ni comme possesseurs, avant que l'héritier ne se fût dessaisi entre leurs mains. La délivrance de possession étoit celle qu'obtenoient les Légataires *per vindicationem* & *sinendi modo;* comme ils étoient propriétaires de plein droit, ils n'avoient pas besoin de la tradition de propriété; mais la possession qui est de fait, ne pouvoit leur être acquise que par la délivrance que l'héritier leur en faisoit. Les passages d'Ulpien & de Gaïus que l'on nous objecte ne décident pas le contraire, ils dispensent seulement ces sortes de Légataires de la demande en délivrance de propriété; les termes dans lesquels ils sont conçus l'annoncent assez clairement; & s'il pouvoit rester quelques doutes là-dessus, ils seroient bientôt dissipés par la loi 1, §. 6, D. *quod legatorum*. Ce texte défend aux Légataires *per præceptionem*, de se mettre d'eux-mêmes en possession des choses qui leur ont été léguées, & il ajoute qu'il en doit être de même de toute autre espèce de Légataires : *Qui verò ex causâ præceptionis, utique tenetur hoc interdicto, sed pro eâ scilicet parte quam jure legati habet : non etiam pro eâ quam quasi heres habet. Idemque erit dicendum, & si aliogenere legati uni ex heredibus legatum sit.*

Le §. 2 de la même loi prouve encore que dans l'ancien droit tous les Légataires indistinctement étoient sujets à la nécessité de la demande en délivrance, & cela par la seule raison qu'il n'est permis à personne de se faire justice à soi-même, & *continet hanc causam (interdictum quod Legatorum) ut quod quis Legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi.*

Et enim æquissimum prætori visum est UNUMQUEMQUE *non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere. Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea quæ Legatorum nomine possidentur, ut perindè Legatarii possint eum convenire.*

On voit maintenant qu'il n'y a point de contradiction sur cette matière dans les loix Romaines. D'un côté, elles font remonter la propriété du Légataire au moment même de la mort du testateur ; de l'autre, elles reculent sa possession jusqu'à la délivrance volontaire ou forcée que lui fait l'héritier : on ne peut rien de plus clair ni de plus simple.

C'est donc bien mal à propos que certains modernes ont voulu refuser au Légataire l'action réelle que lui donne le droit Romain, comme s'il n'avoit point de propriété avant la délivrance de l'héritier.

Ce n'est pas avec plus de raison que d'autres ont adopté le parti contraire, c'est-à-dire, soutenu que le Légataire n'est point tenu de demander délivrance, attendu que la loi le rend propriétaire de plein droit.

Ces deux systêmes aussi erronés l'un que l'autre, sont uniquement fondés sur la confusion de deux objets très-distincts, la propriété & la possession : aussi tous nos tribunaux les ont-ils rejetés.

Pour ne parler ici que de la nécessité de la demande en délivrance, quoiqu'elle n'ait pas été admise par quelques coutumes des Pays-Bas (*),

---

(*) La coutume de Lille, chapitre 5, article 13, porte : » Si les maisons & héritages étoient disposés par testament, elle

elle souffre d'autant moins de doute dans notre droit commun, lors même que l'on se pourvoit par action réelle, qu'elle a été reconnue expressément par l'article 73 de l'ordonnance de 1735 : *Dans tous les cas*, porte ce texte, *où suivant la disposition des articles 68, 69, 70 & 71, les institutions d'héritier ne vaudront que comme legs universels ou comme legs particuliers, elles seront sujettes à délivrance.*

MM. les gens du roi du parlement d'Aix ont attesté par un acte de notoriété du 19 août

---

» codicille ou ordonnance de dernière volonté, le donataire » ou Légataire en sera tenu saisi par le trépas du testateur, » sans autre appréhension «.

Celle de Douai en dispose de même : » Tous testamens, » codicilles & autres dispositions de dernière volonté d'un » trépassé, passés, reconnus & duement amenés à cognois- » sance par EMPRISE (voyez ce mot), pardevant lesdits » échevins en nombre de deux du moins, engendrent au » fait des légats d'héritages, saisine & droit réel inconti- » nent après le trépas advenu au profit des Légataires .... » sans qu'il soit requis faire autre devoir de justice «. Chapitre 5, article 3.

Celle de Tournai décide également, chapitre 23, article 11, » que tous testamens, codicilles ou autres ordonnances » de dernière volonté, soit nuncupatifs ou autres approu- » vés pardevant les échevins des échevinages où les héritages » donnés ou légatés sont gisans, & non autres, ont vertu » d'adhéritance au profit des donataires, Légataires & héri- » tiers dénommés en iceux, tellement que ceux auxquels » sont par lesdits testamens, codicilles & autres ordonnances » de dernière volonté, donnés ou légatés aucuns héritages » non féodaux situés en ladite ville, pouvoir & banlieue » d'icelle, sujets & justiciables auxdits échevinages, sont » tenus & réputés pour héritiers desdits héritages, ... & » d'iceux sans autre solemnité faire, peuvent jouir, posseder » & disposer à leur discrétion «.

1743, que cette jurisprudence étoit en pleine vigueur dans leur ressort.

La chambre des comptes de Paris y a aussi rendu un hommage exprès par son arrêt de règlement du 22 février 1755, rapporté au mot DÉLIVRANCE, tome 17, page 470.

Enfin les dispositions de la plupart de nos coutumes l'ont consacrée formellement; celle de Vermandois porte, article 63, que *legs testamentaire ne saisit, mais convient que réelle délivrance en soit faite par l'héritier ou par justice au refus dudit héritier.* On trouve la même décision dans les coutumes de Chauny, article 62; de Blois, article 176; de Nivernois, chapitre 33, article 5; de Gand, rubrique 28, article 4; & Loisel en ses institutes coutumières, livre 2, titre 4, article 13, en a fait une règle de droit François.

Les legs pieux sont sujets à délivrance comme les autres. » Certains auteurs, dit Furgole, ont cru » qu'ils devoient en être dispensés, à cause que la » propriété en étoit acquise de plein droit, comme » le remarque Mornac; mais ce n'est pas une » faveur qui soit particulière aux legs pieux, puis» que la propriété de toutes sortes de legs passe » de plein droit au Légataire au moment du » décès du testateur; ainsi ce seroit un très-mau» vais fondement si l'on vouloit, sous ce prétexte, » exempter les legs pieux de la nécessité d'en de» mander la délivrance : car il faudroit par la » même raison en exempter les autres legs, ce qui » seroit contre les règles «.

Lorsque le testateur fait un prélegs à quelqu'un de ses héritiers, le Légataire n'a pas besoin, par rapport à la part héréditaire qu'il a dans la chose,

d'en demander la délivrance à ses cohéritiers ; mais cette formalité est indispensable pour les portions qu'il doit prendre de ses cohéritiers. La loi, §. 6, D. *quod legatorum*, rapportée plus haut, le décide ainsi.

Denizart & quelques autres auteurs distinguent à cet égard l'héritier en ligne directe d'avec l'héritier en ligne collatérale ; ils conviennent que celui-ci est obligé de se pourvoir en délivrance pour les parts légales de ses cohéritiers dans le prélegs qui lui est fait ; mais ils soutiennent qu'il en est autrement à l'égard du second. Cette distinction est dénuée de toute espèce de fondement, & le texte que nous venons de citer la condamne assez formellement par la manière générale dont il s'énonce.

D'autres auteurs, & notamment Ferriere sur la question 609 de Guypape, croient que le Légataire d'une chose particulière pour sa légitime, peut prendre possession de la chose léguée, sans délivrance préalable de la part de l'héritier. » Mais, » dit Furgole, ce sentiment est contraire aux règles » du droit Romain, n'y ayant aucun texte qui ex» cepte ce cas de la nécessité de demander la dé» livrance : le Légataire d'un fonds pour la légi» time, est toujours Légataire, & par conséquent » obligé de demander la délivrance à l'héritier «.

C'est encore une opinion commune, que la demande en délivrance n'est pas requise lorsque le Légataire se trouve au moment de la mort du testateur en possession de la chose à lui léguée. » Le fait en ce cas détermine, dit Bourjon, parce » que le testament lui fournit une exception » péremptoire, si la restitution de la chose à lui léguée étoit contre lui demandée. . . . . Telle est

» la jurisprudence du châtelet ; l'exacte raison là » fonde «.

Cette assertion est visiblement trop générale ; il faut distinguer le cas où le Légataire s'est saisi de sa propre autorité, d'avec celui où il l'a fait du consentement du testateur.

Dans le premier cas, rien ne peut le soustraire à la loi de la demande en délivrance, parce qu'une voie de fait commise pendant la vie du testateur, n'est pas moins répréhensible que si elle étoit postérieure à sa mort : il n'y a aucun texte qui puisse excuser en pareille circonstance la conduite du Légataire ; nous trouvons au contraire un arrêt qui la condamne formellement : voici comme il est rapporté dans Brillon, au mot Legs, n. 57. » Le Légataire s'étant saisi des choses à » lui léguées du vivant du testateur, les doit » rendre à son héritier, afin de les prendre de sa » main. Arrêt du parlement de Grenoble du 26 » janvier 1556. Basset, tome 1, livre 5, titre 7, » chapitre 2 «. Nous rendrons compte ci-après de deux arrêts du parlement de Rouen des 13 juillet 1660, & 7 mars 1679, qui ont puni plus sévèrement encore de pareilles voies de fait.

Dans le second cas, le Légataire est exempt de demander à l'héritier la délivrance de son legs. C'est ce qui résulte clairement de la loi 1, §. 5, D. *quod Legatorum* ; & c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Paris du 3 février 1699, rapporté par Maillart sur l'article 15 de la coutume d'Artois. Cet arrêt, dit ce commentateur, » a décidé que » les Légataires d'une rente n'avoient pas eu » besoin de demander aux héritiers de la testatrice » la délivrance de ladite rente, à cause que la tes- » tatrice leur en avoit délivré les titres de son » vivant, *quod notandum* «.

M. le président Favre nous a conservé une espèce jugée au sénat de Chambery, que l'on ne peut mieux placer qu'ici. Un mari avoit donné tous ses biens en nantissement à sa femme pour la sûreté de sa dot ; & il en avoit retenu la jouissance en vertu d'une clause de constitut insérée dans l'acte d'hypothèque. A sa mort il fit sa femme Légataire de ces mêmes biens, à la charge par elle de les compenser avec la dot qu'il devoit lui restituer. Celle-ci s'en étant emparée de sa propre autorité, l'héritier intenta contre elle l'interdit *quod Legatorum* dont nous parlerons dans un instant ; mais il fut débouté par l'arrêt rendu le 16 juin 1593 : *Cùm absurdum sit*, dit M. Favre, *minùs juris habere mulierem in bonis pro dote obligatis & quorum possessionem per clausulam constituti nacta sit, ob id solum quòd eorumdem bonorum proprietas ei pro dote sit legata ; sic enim fieret ut inducta ad augmentum operarentur diminutionem, nam sublato etiam jure legati superest pristina dotis causa, ex quâ retinendæ possessionis jus mulieri salvum esse debet . . . . itaque valdè singularis & elegans hic casus est in quo non potest jus heredis in avocandâ legati occupati possessione exerceri, ob concurrentem præcedentis debiti rationem.*

Un autre cas où, suivant Masuer, Guypape, M. Boyer, Coquille, Basnage, Grotius, Voët, le Légataire peut prendre possession de son autorité privée, est lorsque le testateur lui en a donné une permission expresse. C'est même ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Grenoble de l'an 1461, rapporté par Papon ; Automne dit qu'il a en été rendu plusieurs semblables au parlement de Bordeaux. La coutume de Nivernois favorise aussi cette opinion : *Legataires ne sont saisis dès*

legs à eux faits pour les prendre par leurs mains ; ſi le teſtateur n'en a autrement diſpoſé ; ce ſont les termes de cette loi municipale, chapitre 33, article 5. » Quoi qu'il en ſoit, dit Ricard, je ne » puis pas être de cet avis, par cette raiſon que » je tiens abſolument déciſive, que la poſſeſſion » de droit des héritiers étant en leur faveur & » contre la liberté du teſtateur, il s'enſuit qu'il » n'eſt pas en ſon pouvoir de ſe diſpenſer lui- » même d'une loi qui lui eſt impoſée, de ne pou- » voir ſaiſir de plein droit ſes Légataires, & qu'il » faut néceſſairement qu'après ſon décès la poſ- » ſeſſion de ſes biens paſſe entre les mains de ſes » héritiers «.

Il paſſe généralement pour certain qu'il ne faut point de délivrance dans le cas d'un legs de libération ; la raiſon en eſt ſimple, c'eſt que la ſeule volonté du créancier ſuffit pour éteindre la dette : de là en effet il réſulte que le débiteur eſt libéré de plein droit à la mort du teſtateur. Si donc il eſt pourſuivi par l'héritier, il lui ſuffira de demander l'exécution du teſtament par forme d'exception.

Quelques-uns néanmoins, dit Denizart, croient » que ſi la dette léguée produiſoit des intérêts » ou des arrérages, le Légataire ſeroit en ce cas » aſſujetti à former une demande en délivrance, » & qu'il devroit les intérêts ou les arrérages à » la ſucceſſion, juſqu'au jour de cette demande ; » parce que la dette étant dans la ſucceſſion, elle » appartient à l'héritier auquel elle doit profiter » juſqu'à cette demande, qui donne ſeule au legs » ſon complément & ſa perfection «.

Mais, continue cet auteur, » la demande en » délivrance n'eſt pas plus néceſſaire en ce cas

» que dans les autres, parce qu'un legs de libé-
» ration n'aboutit point à quelque chose de réel
» qui puisse être délivré, & qu'il opère seule-
» ment l'extinction d'un droit. Il est d'ailleurs
» évident que dans ces sortes de legs la volonté
» du testateur est que le Légataire soit libéré de
» la dette, & qu'il n'en supporte plus le poids,
» à compter du jour du décès. Cette volonté,
» qui est la loi souveraine dans les testamens,
» n'auroit cependant pas son effet si l'on faisoit
» encore payer au Légataire les intérêts ou les
» arrérages de la dette léguée, échus dans le
» temps intermédiaire du décès à la demande en
» délivrance «.

Nous pouvons ajouter que la loi 3, §. 3, D. *de liberatione legatâ*, assimile absolument le droit qu'a un tel Légataire d'exciper de son legs contre l'héritier qui le poursuit, à celui de poursuivre lui-même l'héritier pour obtenir sa libération. *Nunc de effectu legati videamus, & si quidem mihi liberatio sit relicta cùm solus sim debitor, sive à me petatur, exceptione uti possim : sive non petatur, possim agere ut liberer per acceptilationem.* Si, comme le prouve ce texte, le Légataire de libération qui se borne à exciper de son legs, en recueille le même effet que celui qui en poursuit la délivrance par une action particulière, il faut nécessairement regarder la demande en délivrance comme très-indifférente en cette matière.

Lorsque la chose léguée se trouve entre les mains d'un tiers, le Légataire a constamment le droit de la revendiquer, puisque les loix lui attribuent une action réelle : mais faut-il pour cela qu'il en ait auparavant obtenu la délivrance de l'héritier? Suivant l'usage des pays coutumiers attesté par

Bacquet, en son traité des droits de justice, chapitre 5, n. 21, le Légataire qui veut poursuivre réellement un tiers-possesseur, doit obtenir à cet effet le consentement de l'héritier, ou bien faire assigner celui-ci pour voir ordonner qu'il sera tenu de délivrer le legs, & en même temps mettre en cause le tiers-possesseur pour le faire contraindre à déguerpir. » Mais, dit Furgole, » dans les pays de droit écrit on s'est garanti de » cette erreur, & le Légataire peut intenter » l'action *rei vindicationis*, contre le tiers-possesseur de la chose léguée, sans avoir besoin ni » de faire assigner l'héritier pour faire la délivrance, » ni de rapporter un acte de consentement de » la part de l'héritier, parce que la propriété du » legs passe de plein droit au moment de la mort » du défunt sur la tête du Légataire; & en conséquence de cette propriété, il peut revendiquer » la chose des mains du tiers-possesseur, tout » comme il pourroit la revendiquer des mains de » l'héritier s'il la possédoit; car la loi transférant » au Légataire la propriété de plein droit, dès » que le legs est échu, il est inutile d'avoir le » consentement de l'héritier pour l'exercice d'une » action que la loi transfère indépendamment de » la volonté de l'héritier, & qui peut être exercée contre l'héritier même malgré lui «.

Ces raisons séduisent à la première vue. Cependant il faut convenir que les loix n'ont pas excepté de l'obligation de demander la délivrance du legs, le cas où la chose léguée est possédée ou détenue par un tiers. Sans doute un Légataire peut intenter l'action réelle contre & malgré l'héritier qui possède, il ne fait en cela que demander la délivrance de son legs, sa conduite est avouée

par la loi. Il eſt pareillement hors de doute qu'un tiers-poſſeſſeur ne peut ſe prévaloir contre le Légataire revendiquant, du défaut de délivrance ou de conſentement de la part de l'héritier, parce que régulièrement on ne doit pas être admis à exciper du droit d'un tiers. Mais il ne faut pas conclure de là que l'héritier n'ait rien à dire en ce dernier cas : ſi d'un côté le Légataire eſt fondé à agir réellement contre le tiers-poſſeſſeur de la choſe léguée, de l'autre auſſi il eſt obligé de demander délivrance à l'héritier; il faut donc concilier les droits de l'héritier avec ceux du Légataire, & c'eſt à quoi l'on ne peut parvenir que par trois voies; ſavoir, 1°. en obligeant le Légataire de rapporter un acte par lequel l'héritier lui délivre ſon legs : 2°. en le contraignant de mettre en cauſe l'héritier & le tiers-poſſeſſeur tout enſemble, pour faire ordonner à celui-ci de déguerpir, & à celui-là de délivrer le legs : 3°. en le forçant, après qu'il a revendiqué ſur le tiers-poſſeſſeur, de remettre la choſe léguée à l'héritier pour en recevoir enſuite la délivrance de ſes mains. En un mot, le legs doit être délivré par l'héritier au Légataire; la définition même de cette libéralité en eſt la preuve, comme on l'a vu plus haut : il ne ſuffit donc pas que le Légataire reçoive ſon legs des mains d'un tiers-poſſeſſeur, quand même ce feroit avec le concours de la juſtice, il faut que l'héritier intervienne dans la délivrance.

Les interprètes ſont très-diviſés ſur la queſtion de ſavoir ſi un héritier inſtitué *in re certâ* eſt obligé, lorſqu'il y en a d'autres inſtitués en termes ordinaires, de demander la délivrance de ſon inſtitution. Decius, Salicet, Angelus, ſoutiennent

l'affirmative ; ils se fondent sur la loi 13, C. *de heredibus instituendis*, suivant laquelle cette institution n'a point d'autre effet que celui d'un legs. Bartole, Balde & M. Tiraqueau, prétendent au contraire que dans tous les pays où l'héritier testamentaire est saisi de plein droit, l'institué *in re certâ* profite de cette saisine, parce qu'il approche plus de la qualité d'héritier que de celle de Légataire ; & en effet, c'est à lui que toute l'hérédité accroît en cas de répudiation de la part des autres institués : aussi a-t-il été jugé par un arrêt du parlement de Toulouse du 6 septembre 1708, qu'un bâtard ne pouvoit recueillir à titre d'institution particulière, le legs modique dont son père l'avoit gratifié sous cette forme.

Ces raisons sont spécieuses, mais elles manquent de solidité. Il est certain qu'un héritier institué *in re certâ* n'a point d'autre qualité que celle de Légataire, tant qu'il concourt avec d'autres appelés à titre universel. A la vérité, lorsque ceux-ci répudient, la qualité de Légataire fait place en lui à celle d'héritier ; mais aussi lorsqu'ils acceptent, il demeure Légataire ; la loi 13, C. *de heredibus instituendis*, le décide nettement : c'est donc cette dernière qualité qui doit dominer en lui dans ce cas, & c'est sous ce seul point de vue qu'on doit le considérer. Or, tout Légataire est sujet à la demande en délivrance, à moins qu'il n'en soit exempté par quelque loi ; & puisque nous ne trouvons aucun texte qui établisse une exception en faveur de l'institué *in re certâ*, il faut nécessairement le regarder comme soumis à la règle générale.

M. le président Favre qui adopte le systême de Bartole, de Balde & de M. Tiraqueau, est néan-

moins forcé de convenir qu'un tel institué ne peut pas intenter de complainte avant d'avoir pris possession de fait, & il rapporte un arrêt du sénat de Chambery du 16 février 1590, qui l'a ainsi jugé. Ce magistrat conclut lui-même de là, qu'un héritier de cette nature n'est point saisi de plein droit, & malgré cela il soutient qu'il peut se mettre en possession de sa propre autorité. Nous convenons qu'il est des cas où l'on peut s'emparer soi-même d'une chose, sans pour cela en avoir la saisine préalable : c'est ainsi que dans le droit Romain les biens vacans sont déférés au premier occupant, & que dans nos mœurs le Légataire universel d'un bâtard mort sans enfans légitimes peut prendre possession de son legs sans en demander la délivrance à qui que ce soit, comme on l'a vu au mot Délivrance. Mais hors ces cas particuliers & quelques autres semblables, il est vrai de dire que n'être point saisi de plein droit & être obligé de demander délivrance, sont deux corrélatifs inséparables. Pour ne pas sortir de notre espèce, si l'institué *in re certâ* n'est point saisi par la loi, il faut nécessairement que ce soit l'héritier, car la chose léguée ne demeure certainement pas sans possesseur : or, l'héritier étant une fois saisi, comment l'institué *in re certâ* le dépossédera-t-il ? Sera-ce par une voie de fait ? La seule proposition en est absurde ; il faut donc que ce soit par une demande en délivrance : car il n'y a point de milieu entre ces deux termes.

La délivrance faite par l'exécuteur-testamentaire suffit-elle pour rendre le Légataire possesseur légitime & le mettre à l'abri des poursuites de l'héritier ? M. le président Favre rapporte un arrêt du sénat de Chambery du 14 mai 1591, qui a jugé pour l'affirmative.

Baſnage ſur l'article 430 de la coutume de Normandie, établit pareillement, que *les Légataires doivent recevoir leurs legs par les mains de l'exécuteur-teſtamentaire ou de l'héritier.*

La coutume de Chauny, article 62, diſtingue à cet égard les legs de meubles d'avec ceux d'immeubles : *& ne ſuffiroit*, porte-t-elle, *que les exécuteurs du teſtament en euſſent fait tradition ou délivrance, s'il y a héritiers, ſinon que ce fuſſent meubles, auquel cas ſuffiroit la tradition & délivrance d'iceux exécuteurs.* La même diſpoſition eſt conſignée dans les coutumes de Vermandois, article 63, & de Sedan, article 133.

La coutume de Nivernois en diſpoſe un peu autrement ; voici comme elle s'explique, chapitre 33, article 5 : » Légataires ne ſont ſaiſis des legs » à eux faits pour les prendre par leurs mains : » mais ſi ce ſont meubles & conquêts, les doivent » en dedans l'an & jour de l'exécution prendre » par la main de l'exécuteur-teſtamentaire ; & » après ledit an, par les mains de l'héritier : & » quant aux immeubles anciens, toujours par les » mains dudit héritier «.

Les coutumes de Calais, article 91, & d'Amiens, article 62, font encore une autre diſtinction. Elles permettent à l'exécuteur teſtamentaire de faire la délivrance des legs de meubles, mais elles veulent que l'héritier intervienne dans cet acte ; & à l'égard des legs d'immeubles, elles déclarent, comme celles de Vermandois, de Chauny & de Sédan, que l'exécuteur teſtamentaire n'a aucune qualité pour les délivrer.

L'article 291 de la coutume d'Orléans porte en général, que » les exécuteurs-teſtamentaires » peuvent & doivent faire bail & délivrance des

» legs aux Légataires, les héritiers du teſtateur » préſens ou duement appelés . . . . . &, ce fait, » leſdits Légataires en ſont & demeurent ſaiſis «.

De tous ces différens partis, quel eſt celui qui doit prévaloir dans les coutumes muettes? Il paroît que la diſpoſition des coutumes d'Amiens & de Calais mérite la préférence. D'abord, que l'exécuteur teſtamentaire ait un pouvoir ſuffiſant pour payer les legs mobiliers, c'eſt ce qu'on ne peut révoquer en doute, puiſque toutes nos coutumes le déclarent ſaiſi des meubles du teſtateur tout le temps que dure ſon exécution, & qu'elles lui donnent même une action contre l'héritier pour le forcer, au cas qu'il n'y ait pas aſſez de meubles, à lui fournir en immeubles ou autrement de quoi remplir les diſpoſitions teſtamentaires. Mais, d'un autre côté, comme l'héritier eſt intéreſſé au payement des legs, & qu'il peut avoir des raiſons de s'y oppoſer, il eſt juſte qu'il ſoit préſent ou duement appelé à la délivrance; c'eſt le moyen de prévenir les fraudes. Enfin, puiſque l'exécuteur teſtamentaire n'eſt point ſaiſi des immeubles, il ne peut pas faire la tradition de ceux que le teſtateur a légués, *nemo plus juris in alium transferre poteſt quàm ipſe habet*; c'eſt donc à l'héritier ſeul qu'appartient le droit de delivrer ces ſortes de legs.

Les coutumes de Vermandois, d'Amiens & de Calais, permettent à l'exécuteur teſtamentaire de retenir lui-même le legs mobilier qui lui a été fait par le teſtateur. Cette faculté eſt de droit commun; elle dérive de la ſaiſine mobilière que nos uſages accordent à l'exécuteur teſtamentaire, & on peut la comparer à celle que la loi 9, §. 7, D. *de adminiſtratione*

tutorum, donne au tuteur de se payer lui-même de ce qui lui est dû par son pupille.

Quelle est la peine du Légataire qui prend possession de son legs, sans en avoir obtenu la délivrance ? Décius, en ses conseils 243 & 438, soutient qu'on doit le priver de son legs : il se fonde sur la loi 5, C. *de legatis*, dont voici les termes : *Non est dubium denegari actionem Legatorum ei pro portione competenti in his rebus quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit.* Rebuffe en la préface de son commentaire sur les ordonnances, *glos.* 5, attribue la même décision à ce texte ; mais il ajoute qu'on ne la suit pas en France, par la raison que toutes les actions pénales du droit Romain sont généralement regardées comme abolies.

Il ne paroît pas que ces auteurs aient bien saisi l'esprit des loix Romaines sur cette matière : le titre du digeste *quod Legatorum*, prouve très-clairement que le défaut de demande en délivrance n'a jamais été puni aussi rigoureusement que l'on voudroit nous le faire croire. Nous voyons dans ce titre, que quand un Légataire s'étoit mis de lui-même en possession sans délivrance préalable, tout ce que l'héritier pouvoit demander, c'étoit d'être ressaisi de la chose léguée, à la charge de la délivrer ensuite lui-même ; le prêteur lui donnoit à cette fin un interdit ou action possessoire, appelée *quod Legatorum*, & cette action n'avoit son effet qu'autant que l'héritier donnoit bonne & suffisante caution au Légataire de lui faire en temps & lieu la tradition de la chose dont il s'agissoit. *Redigit igitur (Prætor) ad heredes per hoc interdictum ea quæ Legatorum nomine possidentur, ut perindè Legatarii possint eum convenire.* Ce sont les termes

de la loi 1, §. 2, D. *quod Legatorum.* La loi 2, §. 4 du même titre, ajoute : *Non competit interdictum, nisi satisdatum sit.* Voilà certainement des preuves bien claires que le droit Romain ne punissoit point par la privation du legs, la voie de fait du Légataire qui prenoit possession de son autorité privée.

La loi 5, C. *de legatis*, n'est pas contraire à ce que nous avançons : elle ne parle pas des Légataires de corps certains ; mais de ceux à qui le testateur a laissé une quote de ses biens (*), & sa disposition ne tombe pas précisément sur la prise de possession par voie de fait, mais sur le recélé que le Légataire a fait en soustrayant certains effets de l'hérédité pour se les approprier en entier, au lieu de n'y prendre que la part à lui léguée. Ce n'est donc pas le défaut de demande en délivrance, mais le vol d'une chose non léguée, que cette loi punit par la déchéance du legs. C'est ainsi que par la loi 6, D. *de his quibus ut indignis*, l'héritier est privé de sa quarte-falcidie dans les effets qu'il a soustraits pour diminuer jusqu'à cette concurrence les legs dont le défunt l'a chargé.

La décision du texte dont il s'agit est donc particulière aux recélés faits par les Légataires de quotité ; & loin qu'elle soit abrogée dans nos mœurs, comme le prétend Rebuffe, nous trouvons dans Basnage deux arrêts du parlement de Rouen, qui l'ont adoptée formellement. Voici comme s'explique cet auteur sur l'article 430 de la coutume de Normandie.

(*) C'est ainsi que l'explique Cujas, & c'est ce que font entendre les mots *pro portione competenti.*

» L'obſervation de ces maximes (concernant la » néceſſité de la demande en délivrance) eſt par» ticulièrement néceſſaire en cette province, en » conſéquence de l'article précédent, qui ne » permet au mari de donner à ſa femme que » juſqu'à concurrence de la moitié de la valeur » des héritages & biens immeubles qu'il poſsède » au temps de ſa mort. S'il étoit permis à la veuve » Légataire univerſelle des meubles de ſon mari, » de ſe ſaiſir de ſon legs de ſon autorité privée, on » ne pourroit connoître ſi le legs excéderoit la » moitié de la valeur des immeubles de ſon mari. » Feu M^e^. Jean Baſin, procureur en la cour, ayant » donné tous ſes meubles à Catherine le Duc » ſa femme, elle n'attendit pas qu'il fût mort; » étant malade dans une ſienne maiſon de cam» pagne, elle envoya promptement à Rouen pour » ſe ſaiſir de ſes meilleurs meubles; & s'étant » auſſi ſaiſie des clefs lorſque l'on procéda au » répertoire des écritures, elle prit pluſieurs pa» piers qu'elle fit jeter dans un lieu ſecret. La » preuve de tous ces faits ayant été faite par le » frère du défunt, & elle-même les ayant avoués » par ſon interrogatoire, par ſentence des requêtes » du palais le teſtament fut déclaré nul à ſon » égard; dont ayant appelé, la ſentence fut con» firmée par arrêt ... le 13 juillet 1660.

» Autre arrêt pareil ſur ce fait..... du 7 de mars » 1679. Euſtache Louvel, huiſſier au parlement, » avoit donné par ſon teſtament à Barbe Vauque» lin ſa femme, le tiers de ſes meubles, outre » le tiers qui lui appartenoit de ſon chef : après » la mort de ſon mari, elle entra dans ſon ca» binet, d'où elle enleva pluſieurs choſes; Fran» çois Louvel ſoutint contre elle & contre Euſtache

» Louvel

» Louvel son frère, que vu les soustractions par » elle commises, elle devoit être privée des » meubles que son mari lui avoit donnés par son » testament. Par sentence du vicomte, elle fut » condamnée en 30000 livres, sur lesquelles il » lui en fut donné un tiers, & on la priva du » tiers à elle donné par le testament de son mari; » & ledit Eustache Louvel condamné à payer la » moitié des 30000 livres. Toutes les parties » ayant appelé, le bailli condamna ladite Vau- » quelin à 6000 livres envers François Louvel, & » la priva du tiers qui lui avoit été donné. Toutes » les parties appelèrent encore de cette sentence; » & par l'arrêt, la cour, en infirmant la sentence, » condamna ladite Vauquelin à rapporter la » somme de 6500 liv. pour les soustractions par » elle faites de l'argent, argenterie & autres meu- » bles de ladite succession, & privée du tiers à » elle donné par le testament de son mari «.

Revenons à l'action ou interdit *quod Legatorum*. Le §. 11 de la loi 1, D. au titre cité, porte que cet interdit cesse lorsque le Légataire a pris possession du consentement de l'héritier, pourvu que ce consentement ait été donné après l'adition de l'hérédité. Dans nos mœurs, il est indifférent que l'héritier ait consenti avant ou après avoir accepté la succession, parce que la règle, *le mort saisit le vif*, le rend possesseur de plein droit, dès le premier moment du décès de celui qu'il représente.

Le §. 14 de la même loi porte, que lorsque l'héritier a une fois donné son consentement, il ne peut plus le révoquer, quand même les choses seroient encore entières, c'est-à-dire quand même le Légataire n'auroit pas encore pris possession en

conséquence, parce que *quod semel placuit, ampliùs displicere non potest.*

Le §. 15 ajoute que, si après que le Légataire a pris le legs de son autorité, l'héritier ratifie sa mise en possession, l'interdit ne peut plus avoir lieu.

Le même paragraphe déclare que si de plusieurs héritiers l'un donne son consentement & l'autre le refuse, l'interdit pourra être exercé par celui-ci, mais point par celui-là.

Le §. 2 de la même loi nous offre un autre exemple de la divisibilité de cette action, en décidant que si le Légataire s'est mis en possession de certaines choses de son autorité, & de quelques autres avec le consentement de l'héritier, celui-ci pourra demander d'être ressaisi des premières, & point des secondes.

Mais cette demande en ressaisissement n'est-elle point contraire à la maxime, *dolo facit qui petit quod redditurus est* (*)? Non, le mot *petere* ne s'entend proprement que des actions réelles; aussi cette maxime n'a-t-elle point lieu en matière possessoire & de réintégrande. D'ailleurs l'héritier peut avoir intérêt d'être ressaisi, sur-tout lorsqu'il a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, soit parce qu'il y a dans la succession des dettes qui doivent occasionner quelque retranchement dans les legs, soit parce que le testateur a consumé plus des trois quarts de son hérédité en dispositions particulières, & par-là donné ouver-

(*) Cette maxime est établie par la loi 8, D. *de doli mali & metûs exceptione.*

ture à la distraction de la quarte-falcidie, dans les pays où l'usage s'en est conservé.

Voët prétend que l'interdit *quod Legatorum* ne doit avoir lieu dans aucun des cas où l'héritier n'a point de quarte-falcidie à prétendre. Si cette opinion étoit exacte, il en résulteroit que le ressaisissement seroit tout-à-fait hors d'usage dans les pays coutumiers, puisque la quarte-falcidie y est absolument inconnue. Mais M. le président Favre prouve très-bien, *en ses conjectures, livre 6, chapitre 2*, qu'il n'y a aucune conséquence à tirer de la falcidie au ressaisissement. *An credendum est*, ce sont ses termes, *falcidiæ duntaxat retinendæ gratiâ interdictum dari? Ita sanè plerique docti viri putant, quorum sententia nunquam probata est : alioquin admittendum esset nec Legatorum nomine interdicto locum esse posse quorum scilicet falcidia ipso jure penes heredem remaneat, quemadmodum & donationum causâ mortis* (*). *Et cùm propositi interdicti rationem Ulpianus reddit, non illam affert quòd falcidiam heres habere debeat, sed quòd rem legatam ex heredis voluntate accipere Legatarium æquius ac civilius sit, ut proindè dubitari minimè oporteat quin sive legi falcidiæ locus sit, sive non sit, interdicto teneatur Legatarius qui propriâ autoritate legatum accipit.*

L'avis de ce grand jurisconsulte a prévalu dans nos mœurs. Un arrêt du premier février 1557, rapporté par Bouchel, & un autre du 19 mai 1564, rapporté par Chenu sur Papon, ont jugé,

(*) En effet, la loi 73, §. 5, D. *ad legem falcidiam*, porte que, *si excesserit quis dodrantem, pro ratâ portione per legem* IPSO JURE *legata minuuntur.*

tous deux pour les pays coutumiers où la falcidie est tout-à-fait ignorée, que quand le Légataire s'est mis de lui-même en possession de son legs, l'héritier doit en être ressaisi à la charge d'en faire ensuite la délivrance. Christin, tome 4, décision 36, nous apprend que le grand conseil de Malines a jugé plusieurs fois la même chose.

Il faut cependant remarquer que ce ressaisissement ne produit pas un grand effet. » Si un héri-
» tier, dit Ricard, demandoit en semblable ren-
» contre à être saisi réellement de la chose léguée,
» sauf à requérir par le Légataire la délivrance
» de son legs, sans autre intérêt que de jouir du
» privilége qui lui est accordé par la coutume,
» & sans coter aucun vice contre le testament,
» ni proposer aucune raison pour laquelle le Léga-
» taire dût être en définitive privé de son legs,
» il ne devroit pas être recevable à vouloir évincer
» le Légataire qui se trouveroit en possession de
» la chose qui lui devroit enfin retourner, d'au-
» tant que la bonne foi de notre jurisprudence
» ne souffre pas ces actions inutiles & frustratoires:
» mais suppléant par équité tout ce qui seroit
» nécessaire pour parvenir à l'accomplissement de
» la rigueur de la loi, & les circuits qu'il fau-
» droit faire pour cet effet, elle feindroit en
» même temps que le Légataire & possesseur de
» la chose qui lui a été léguée, en auroit ressaisi
» l'héritier, & puisque l'héritier en auroit fait
» délivrance au Légataire, sans requérir que toutes
» ces cérémonies s'exécutassent réellement, attendu
» qu'il n'en résulteroit aucun fruit ni utilité pour
» aucune des parties «.

L'usage est conforme à cette doctrine. Vrevin sur l'article 62 de la coutume de Chauny, rap-

porte un arrêt du 17 février 1607, qui, en ressaisissant l'héritier pour la forme, le condamne à faire la délivrance du legs dans le même instant & sans déplacer. Le vu de cet arrêt en rappelle deux autres de 1569 & 1591, portant » que l'héritier sera saisi & condamné au même instant » & sans rien déplacer, faire délivrance actuelle » au donataire des meubles & immeubles donnés par les dispositions & donations faites par » testament, en émendant les jugemens donnés » par les sénéchaux d'Anjou & de Beaumont, par » lesquels ils auroient ordonné que l'héritier » seroit saisi des biens des donateurs & testateurs, » sauf aux donataires à demander audit héritier » la délivrance des biens donnés «. L'arrêt du 19 mai 1564, rapporté par Chenu sur Papon, a jugé de même. » Régulièrement, dit cet auteur, est » reçu que le Légataire prenne par les mains de » l'héritier, si que souvent l'héritier est réintégré » à la charge, *brevi manu*, de rendre & restituer. » Jugé par arrêt prononcé en robes rouges pour l'héritier du vidame de Chartres, le 19 mai 1564 «.

Cette jurisprudence n'a lieu que dans le cas où l'héritier n'a aucune raison pour contester ni pour faire diminuer le legs; s'il le soutenoit nul ou sujet à quelque retranchement, on l'en ressaisiroit réellement, sauf au Légataire à intenter son action en délivrance. C'est l'espèce & la décision de l'arrêt du premier février 1557, cité ci-dessus d'après Bouchel.

Un avantage plus précieux pour l'héritier que le ressaisissement, en cas de défaut de la part du Légataire de prendre possession d'une manière juridique, est que tous les fruits, intérêts & revenus de la chose léguée lui appartiennent jus-

qu'au jour de la demande en délivrance, ou du jugement qui en tient lieu : c'eſt du moins ce qu'on juge dans la plupart des tribunaux. Il n'eſt pas ici queſtion d'examiner ce point de juriſprudence ; mais, en le ſuppoſant, on demande ſi la délivrance eſt valablement obtenue ou au moins requiſe dans l'eſpèce ſuivante.

Un teſtateur décède ; la partie publique fait appoſer le ſcellé ſur ſes meubles & effets ; quelques jours après, le Légataire univerſel donne une requête au juge pour faire lever ce ſcellé & être mis en poſſeſſion du mobilier, ce qui lui eſt accordé ſans entendre les héritiers. Ceux-ci ſe pourvoient en nullité du teſtament & en rapport des effets de la ſucceſſion. Sentence qui annulle le teſtament, & condamne le Légataire univerſel à reſtituer tout ce dont il s'eſt emparé. Sur l'appel, autre ſentence qui déclare le teſtament valable. Les héritiers appellent à leur tour, & dans le cours de l'inſtruction, ſentant la foibleſſe de leur cauſe, ils demandent qu'en cas de confirmation du ſecond jugement, » attendu que le Légataire univerſel s'eſt emparé ſans aucune formalité de » juſtice, de tous les biens & effets de la ſucceſſion du défunt, & qu'il en a perçu les fruits » & revenus ſans au préalable avoir formé ſa demande en délivrance, il ſoit condamné à leur » rapporter tous les fruits & revenus des biens » de la ſucceſſion «. Le Légataire univerſel oppoſe à cette demande, qu'il a obtenu du premier juge la délivrance de ſon legs ſur une requête par lui préſentée à cet effet ; qu'au ſurplus ſon refus de s'en deſſaiſir ſur la requiſition qu'en ont fait les héritiers par leur requête introductive d'inſtance, vaut bien une demande en délivrance [illegible] maxime *reus excipiendo fit actor.*

Cette eſpèce préſente, comme on le voit, deux queſtions à juger. La première, ſi la délivrance obtenue du juge ſans l'intervention de l'héritier, peut être de quelque effet; la ſeconde, ſi le refus d'un Légataire de remettre à l'héritier les choſes qui compoſent ſon legs, équipolle à une demande en délivrance.

Ces deux queſtions ont été décidées pour la négative. L'arrêt eſt intervenu le 16 mars 1717, au rapport de M. Lorenchet, conſeiller en la première chambre des enquêtes du parlement de Paris : voici ce qu'il porte ſur cet objet : » Et » ayant aucunement égard à la requête deſdits » Maheas (héritiers) du 12 février 1716, con- » damne ledit Galhaud (Légataire univerſel) » à rapporter auxdits Maheas les fruits & re- » venus des biens immeubles dudit défunt Pierre » Maheas, ſi aucuns y a, à compter du jour du » décès dudit Maheas, juſqu'au jour du préſent » arrêt, & ce, à dire d'experts dont les parties » conviendront devant le juge dont eſt appel, » ſinon nommés d'office, enſemble les intérêts » des effets mobiliers de la même ſucceſſion, à » compter du jour de la demande faite en cauſe » principale par la requête du 16 octobre 1699, » auſſi juſqu'au jour du préſent arrêt «.

§. VI. *Par quelles actions le Légataire peut-il demander la délivrance de ſon legs? Contre qui doit-il les diriger? Dans quel tribunal doit-il les porter? Comment doit ſe faire le payement des legs?*

Nous avons déjà dit que l'empereur Juſtinien aboliſſant toutes les différences établies par l'an-

cien droit Romain, entre les quatre espèces de Légataires dont nous avons parlé, leur avoit attribué indistinctement deux sortes d'actions, l'une personnelle, l'autre réelle.

Ce législateur ne s'est pas borné là. Il a encore trouvé à propos de leur donner une action hypothécaire. Voici ce que porte à ce sujet la loi 1, C. *communia de legatis : Censemus & insuper utilem servianam, id est, hypothecariam super his quæ fuerint derelicta in res mortui prestare .... si enim testator ideò legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodò personæ ab eo honoratæ ea percipiant, apparet ex ejus voluntate etiam prefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat.*

Il y a, par rapport à ces trois actions, plusieurs principes à établir & plusieurs difficultés à examiner.

L'action personnelle est fondée sur le quasi-contrat par lequel celui qui doit payer le legs s'oblige, en acceptant la libéralité du testateur, envers tous ceux à qui le testament donne des droits à exercer contre lui. L'effet de cette action est de le faire condamner à delivrer la chose léguée, si elle existe & qu'il l'ait en sa disposition, sinon à en payer la valeur.

Pour savoir contre quelles personnes on peut intenter cette action, il faut examiner qui sont ceux qu'un testateur peut charger de legs, & qui sont ceux qu'il est censé en charger dans certains cas douteux; car il est clair qu'elle ne peut jamais être dirigée contre un tiers-possesseur, puisque le quasi-contrat qui en est l'unique fondement ne peut résulter que de l'acceptation libre ou forcée du testament dans lequel sont contenus les legs.

En général un testateur peut grever de legs tous ceux à qui il laisse quelque chose par ses dispositions de dernière volonté, ou à qui il n'ôte pas, quand il en a le pouvoir, les biens que le droit du sang leur défère. Ce principe est consacré par la loi 1, §. 6, D. *de legatis* 3°. *sciendum est autem eorum fideicommitti* (*) *posse ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dùm eis datur, vel dùm eis non adimitur.*

Ainsi un héritier *ab intestat* n'est pas moins obligé qu'un héritier institué d'acquitter les legs portés dans le codicille du défunt : *Sed ideò fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte suâ his relinquere legitimam hereditatem* : ce sont les termes de la loi 8, §. 1, D. *de jure codicillorum.*

On oblige même les héritiers legitimes d'un impubère de payer les legs dont le père de celui à qui ils succèdent les a chargés, parce qu'il auroit pu en faisant une substitution pupillaire, transférer à d'autres l'hérédité qu'ils ont recueillie. C'est ce que décide la loi 92, §. 2, D. *de legatis* 1°. il en seroit neanmoins autrement si le père déshéritoit son fils ; cette exception est établie par la loi 94 du même titre, & par la loi 24, C. *de legatis.*

Pour être valablement grevé de legs, il n'importe que l'on soit institué en premier ou en second rang, directement ou par forme de substitution fidéicommissaire ; il faut cependant re-

---

(*) Les legs ne diffèrent point à cet égard des fidéicommis particuliers ; ce qui est décidé pour les uns a lieu sans difficulté pour les autres. Voyez la loi 1, D. *de legatis* 1°.

marquer que l'on ne peut imposer de pareilles charges au substitué pupillaire d'un fils exhérédé, quand même on seroit soldat & qu'on auroit fait un legs particulier à l'enfant : c'est ce que portent les loix 24, C. *de legatis* & 41, §. 3, D. *de testamento militis*.

Il résulte du principe que nous venons d'établir, que les fidéicommissaires particuliers, les donataires à cause de mort, & les Légataires peuvent aussi être chargés de legs. Il fut néanmoins un temps où ces derniers étoient exceptés. Justinien en ses institutes, titre *de singulis rebus per fideicommissum relictis*, dit que, *à Legatario legari non potest*; mais cette jurisprudence a été corrigée par la loi 2, C. *communia de legatis*, qui assimile entièrement les legs aux fidéicommis, de manière que *ubi aliquid contrarium in legatis & fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, & secundùm ejus naturam dirimatur*.

Par la même raison, un testateur peut charger de legs celui à qui il oblige son héritier ou un de ses Légataires de donner quelque chose par forme d'accomplissement de la condition sous laquelle il les a appelés. Supposons, par exemple, un testament ainsi conçu : J'institue Sempronius, ou je lègue à Titius, s'il donne cent louis à Mævius. Il est évident que dans ce cas Mævius reçoit un bienfait indirect du testateur, & cela suffit pour qu'il soit tenu des legs faits à sa charge. C'est la disposition expresse de la loi 96, §. dernier, D. *de legatis* 1°.

Une chose qui paroît d'abord assez singulière, est la faculté que l'on a de grever ses débiteurs de legs; il n'y a cependant là rien de contraire

à notre principe, parce qu'en imposant une pareille charge à un débiteur, on est censé lui léguer la libération de ce qu'il doit : on peut voir à ce sujet la loi 77 & la loi 108, §. 13, D. *de legatis* 1°. Il a même été jugé par arrêt du parlement de Bordeaux du 22 juin 1679, qu'un legs dont le testateur a chargé son débiteur de faire le payement, ne peut être demandé à l'héritier. Cette décision est rapportée par la Peyrere, lettre L, n. 3, édition de 1706.

On peut aussi grever de legs les héritiers de ceux à qui l'on pouvoit en imposer directement le fardeau : *Si quis non ab herede, vel Legatario, sed ab heredis vel Legatarii herede fideicommissum reliquerit, hoc valere benignum est*, dit Ulpien dans la loi 5, §. 1, D. *de legatis* 1°. La loi 6, D. *de legatis* 3°. en dispose de même, & cette décision a pour fondement l'identité fictive de la personne de l'héritier avec celle du défunt à qui il succède.

Il ne suffit pas pour être valablement chargé de legs, d'avoir reçu quelques libéralités du défunt, il faut encore, comme nous l'avons supposé jusqu'à présent, que ces libéralités aient été faites par des actes de dernière volonté. Ainsi un donataire entre vifs ne peut point être grevé de cette manière, parce qu'il a acquis avant la mort du donateur la propriété de la chose dont celui-ci l'a gratifié, & que par conséquent on ne peut l'en dépouiller en tout ni en partie, sans son consentement (*).

(*) Quoique l'institution contractuelle participe en certains points de la nature de la donation entre vifs, on ne

Il ne suffit pas non plus pour être obligé d'acquitter les legs d'un défunt, d'avoir recueilli la totalité ou une partie de son patrimoine, il faut encore que l'on en soit redevable à sa volonté expresse ou tacite. Ainsi un héritier légitimaire ne peut point être soumis à de telles charges, parce qu'il tient tout de la loi. Il en est de même de ceux qui se bornent aux réserves coutumières : c'est ce qu'a jugé un arrêt du 2 janvier 1657 rendu pour la coutume d'Auvergne, & rapporté par Henrys.

Mais si l'héritier des réserves appréhendoit aussi des biens disponibles, pourroit-on l'obliger de contribuer au payement des legs qui excéderoient la valeur des choses dont le testateur pouvoit le priver ? Cette question a partagé nos auteurs. Renusson & Ricard soutiennent la négative, & cette opinion paroît au premier abord très-judicieuse. Puisqu'il n'est pas permis au testateur de léguer les biens compris dans les réserves, & que, suivant la jurisprudence la plus constante, le Légataire d'un tel fond ne peut prétendre de récompense sur les effets disponibles, ne semble-t-il pas que l'on doit regarder ces biens comme affranchis de toute contribution aux libéralités testamentaires, sans distinguer si celui qui les a recueillis s'y est borné ou non ? Cependant il faut dire avec Bourjon, que l'héritier des réserves qui appréhende des biens disponibles, est tenu indéfiniment des legs, s'il ne fait point d'inven-

---

laisse pas de pouvoir charger valablement de legs particuliers celui en faveur duquel on l'a faite, pourvu que ce soit sans fraude. Nous avons développé cette exception au mot *Institution contractuelle*.

taire pour conſtater le montant de ce qu'il amende, parce qu'un des principaux effets de l'appréhenſion pure & ſimple d'une hérédité, eſt de ſoumettre l'héritier à toutes les dettes & à tous les legs (*). C'eſt en vain que l'on oppoſe l'indiſ-

---

(*) Cette propoſition n'aura probablement pas le ſuffrage de ceux qui n'étudient la juriſprudence que dans les praticiens. Ils ne manqueront pas de nous objecter ce paſſage de Denizart : » Il n'en eſt pas des legs comme des dettes ; » l'héritier qui a fait faire inventaire ne doit les acquitter » que juſqu'à concurrence des biens de la ſucceſſion ſeulement, parce que le défunt n'a pas pu léguer plus qu'il » n'avoit ; au lieu qu'il eſt tenu des dettes indéfiniment, » quand il n'a pas eu la précaution d'accepter la ſucceſſion » par bénéfice d'inventaire «.

S'il ne s'agiſſoit que d'oppoſer un profond juriſconſulte à un praticien ſuperficiel, nous nous contenterions de citer Furgole, ſuivant lequel » l'héritier qui accepte ſans avoir » fait un inventaire dans le délai & en la forme preſcrite » par la loi & par l'ordonnance de 1667, eſt tenu envers » les créanciers, les Légataires & les fidéicommiſſaires particuliers, même au delà de l'émolument, *& ultra vires* » *hereditatis* «.

Mais laiſſons-là les autorités, & attachons-nous uniquement aux textes des loix.

Avant que l'empereur Juſtinien n'eût introduit le bénéfice d'inventaire, il étoit de règle que l'héritier, quoique tenu envers les créanciers indéfiniment, ne fût obligé au payement des legs que juſqu'à concurrence des biens qui reſtoient dans la ſucceſſion après l'extinction de toutes les dettes & la diſtraction de la quarte-falcidie. C'eſt ce que déclaroit la loi 12, C. *de teſtamento militis*, faite en 247 par l'empereur Philippe. Mais cette juriſprudence a été changée par l'introduction du bénéfice d'inventaire : comme le légiſlateur fourniſſoit par-là aux héritiers un moyen très-ſimple de n'être point tenus au delà de l'émolument, il a voulu en revanche que ceux qui ne profiteroient pas de cette faveur, fuſſent obligés d'acquitter tous les legs & les fidéicommis particuliers, ſans diſtinguer ſi les biens de l'hérédité ſuffiſoient

ponibilité teſtamentaire des biens compris dans les réſerves, parce que les Légataires ſont en

---

ou ne ſuffiſoient pas pour cet objet. C'eſt ce qu'établit la loi 22, §. 12 & 14, C. *de jure deliberandi*, conçue en ces termes : *Ex eo ipſo quòd inventarium ſecundùm formam præſentis conſtitutionis non fecerint, & heredes eſſe omninò intelligantur, & debitis hereditariis in ſolidum teneantur : nec legis noſtræ beneficio perfruantur quam contemnendam eſſe cenſuerunt .... ſi quis autem temerario propoſito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minimè conſcripſerit, & vel adierit hereditatem, vel minimè eam repudiaverit, non ſolùm creditoribus in ſolidum teneatur, ſed etiam legis falcidiæ beneficio minimè utatur.*

La privation de la quarte-falcidie prononcée par cette loi, contre celui qui ſe porte héritier pur & ſimple, comprend un aſſujettiſſement général & indéfini à tous les legs comme à toutes les dettes; car la loi *falcidia* avoit deux objets; l'un, d'aſſurer à l'héritier le quart du patrimoine du défunt, ſes dettes déduites; l'autre, de retrancher tout ce qui étoit légué au delà des biens. Le §. 3, I. *de lege falcidiâ*, eſt on ne ſauroit plus clair ſur ce point : *Antè detrahendum eſt quod extra bonorum quantitatem legatum eſt, deindè quod ex bonis apud heredem remanere oportet.*

Auſſi l'empereur Juſtinien déclare-t-il lui-même dans ſa première novelle, chap. 2, parag. 2, que le défaut d'avoir profité du bénéfice d'inventaire, ſoumet l'héritier à tous les legs, quand même le défunt n'auroit pas laiſſé aſſez de biens pour les acquitter. *Si verò non fecerit inventarium ſecundùm hanc figuram, ſicut prædiximus, non retinebit falcidiam, ſed complebit legatarios & fideicommiſſarios, licet puræ ſubſtantiæ morientis tranſcendat menſuram Legatorum datio.*

Cette différence entre l'ancien droit & la juriſprudence établie par Juſtinien, paroît avoir échappé à Furgole lui-même; c'eſt du moins ce que l'on peut conjecturer d'une reſtriction qu'il met fort mal à propos à l'obligation indéfinie de l'héritier pur & ſimple, d'acquitter tous les legs. Voici comme il s'explique : » Il y a néanmoins un cas auquel l'héritier n'eſt pas tenu de payer les legs, quoiqu'il » ait accepté ſans faire inventaire; il eſt rapporté dans la

droit de dire que les biens libres suffisent pour les payer, à moins qu'on ne leur prouve le contraire par un inventaire solemnel. Les réserves coutumières ne sont certainement pas plus favorables que la quarte-falcidie ne l'est dans le droit Romain : or il est constant qu'un héritier pur & simple ne peut pas se soustraire au payement des legs dont le testateur l'a chargé, sous prétexte qu'ils entament ou même absorbent sa quarte-falcidie; la loi 22, §. 14, C. *de jure deliberandi*, en renferme une décision expresse : pourquoi donc l'héritier des réserves seroit-il plus privilégié ?

Inutilement objecte-t-on encore que le Légataire d'un bien indisponible ne peut pas demander de récompense sur les effets libres, quoique l'héritier ne se soit pas borné aux réserves & n'ait point fait inventaire. Tout ce qui résulte de là, c'est qu'il faut en cette matière distinguer les legs

---

» loi 23, D. *quæ in fraudem creditorum*, & je ne pense pas » qu'il ait été abrogé. Les héritiers testamentaires connoissant que l'hérédité suffiroit à peine pour payer le quart » des dettes passives, font un concordat avec les créanciers » pour leur payer à chacun le quart de la créance, & ils font » homologuer ce concordat par le juge, en conséquence duquel » concordat ils acceptent l'hérédité. Le jurisconsulte Scévola décide que ces héritiers ne doivent pas payer les » legs, *legata verò, si solvendo hereditas non esset, non* » *deberi* «. Cette décision n'est point particulière au cas dont il s'agit, comme le croit Furgole; elle est uniquement fondée sur le principe consacré par une infinité de textes de l'ancien droit, qu'un héritier n'est jamais tenu des legs au delà des forces de la succession. Or, ce principe a été restreint par la nouvelle jurisprudence à l'héritier bénéficiaire; la disposition de la loi citée ne peut donc plus s'appliquer à un héritier pur & simple.

de deniers d'avec les legs d'héritages indiſponibles : les premiers ſont toujours valables en eux-mêmes, il faut donc que l'héritier les acquitte entièrement, ou qu'il conſtate par la repréſentation d'un inventaire précédent, accompagné & ſuivi de toutes les formalités requiſes, que la ſucceſſion libre ne ſuffit pas pour les remplir. Les ſeconds au contraire ſont radicalement nuls par la diſpoſition de la loi, abſtraction faite du montant des biens : le défaut d'inventaire légal ne peut donc pas les valider.

Les loix Romaines exigeoient tellement que la volonté expreſſe ou tacite du défunt eût concouru à laiſſer quelque choſe à celui qui étoit chargé de legs, qu'elle le diſpenſoit de les acquitter lorſqu'il ſuccédoit comme par haſard. Voilà pourquoi le juriſconſulte Paul décide dans la loi 6, §. 1, D. *de legatis* 3°., qu'un teſtateur n'avoit pu faire des legs à la charge d'une perſonne à qui il n'avoit rien laiſſé, quoique dans la ſuite elle fût devenue ſon héritière par l'acquiſition qu'elle avoit faite d'un eſclave inſtitué par lui : *Quoniam qui fortuitò, non judicio teſtatoris conſequitur hereditatem vel legatum, non debet onerari, nec recipiendum eſſe ut cui nihil dederis, eum rogando obliges.*

La loi 1, §. 9 & 10 du même titre, déclare pareillement que les legs n'étoient point dûs par celui qui ſuccédoit *ab inteſtat* en vertu de la dévolution opérée dans ſa perſonne par la répudiation du plus proche parent à qui le teſtateur avoit ordonné de les payer.

Par la même raiſon, lorſqu'un Légataire répudioit la libéralité qui lui étoit faite par le codicille d'un homme mort *inteſtat*, c'eſt-à-dire, ſans héritier

héritier inſtitué, l'héritier légitime à qui la choſe léguée accroiſſoit, n'étoit point obligé de payer les legs dont ce Légataire étoit grevé.

Mais ces deux dernières déciſions n'ont pas lieu dans nos mœurs ; on peut même dire qu'elles ont été abrogées implicitement par la première novelle de Juſtinien, puiſque cette loi oblige les héritiers *ab inteſtat* d'acquitter indiſtinctement les legs dûs par les inſtitués qui répudient.

Comme les teſtateurs ne s'expliquent pas toujours clairement, il s'élève quelquefois des conteſtations pour ſavoir ſi c'eſt telle ou telle perſonne qu'ils ſont cenſés avoir chargée du payement de leurs legs. Lorſqu'il ſe préſente des queſtions de cette eſpèce, il faut, pour les réſoudre, conſulter la nature des diſpoſitions teſtamentaires. Ainſi le legs d'un effet particulier tombe ſur celui à qui auroit appartenu cet effet, ſi le défunt n'en avoit pas diſpoſé. Il en eſt de même du legs aſſigné *limitativement* ſur un certain bien ; comme l'aſſignat rend la diſpoſition réelle, c'eſt à celui des héritiers qui ſuccède à ce bien d'en ſupporter la charge.

Hors ces deux cas, les legs ſont toujours cenſés être à la charge de tous les héritiers, & ils ſe répartiſſent, comme les dettes, ſur tout le patrimoine du défunt.

Si cependant il y avoit un Légataire univerſel, tous les legs particuliers ſeroient à ſa charge, parce qu'on les regarde comme un prélèvement ſur les biens diſponibles dont le legs univerſel embraſſe la totalité. Ceci ſera expliqué plus particulièrement au §. 7 de cet article.

On demande ſi dans le cas d'une ſubſtitution

oblique, c'eſt à l'héritier grevé ou à l'héritier fidéicommiſſaire à payer les legs? Il faut répondre que l'héritier grevé doit les acquitter, mais que l'héritier fidéicommiſſaire doit en ſouffrir l'imputation dans les biens ſubſtitués à ſon profit: c'eſt ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouſe du 7 décembre 1582, rapporté par M. de Cambolas. La raiſon en eſt, que les legs échus ſont conſidérés comme dettes, & que *bona non intelliguntur niſi deducto ære alieno.*

Dans le cas d'une ſubſtitution vulgaire, on préſume que le teſtateur a voulu charger le ſubſtitué des mêmes legs que l'inſtitué, à moins qu'il n'ait fait entendre le contraire. Ainſi l'a jugé un arrêt du parlement du Toulouſe du 27 octobre 1590, rapporté par la Rocheflavin; & c'eſt ce que décide la loi 74, D. *de legatis* 1°.: *Licet imperator noſter cum patre reſcripſerit videri voluntate teſtatotis repetita à ſubſtituto quæ ab inſtituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, ſi non fuerit evidens diverſa voluntas.*

Cette volonté contraire ſe préſume, 1°. lorſque le teſtateur a grevé le ſubſtitué d'un autre legs envers la même perſonne: 2°. lorſque la raiſon pour laquelle il a impoſé à l'inſtitué la charge d'un legs, n'a pas lieu à l'égard du ſubſtitué: 3°. lorſque le Légataire eſt lui-même ſubſtitué pour une partie de l'hérédité. La loi que nous venons de citer établit nettement ces trois préſomptions: *Ex multis colligetur an quis ab herede legatum vel fideicommiſſum relictum noluerit à ſubſtituto deberi: quid enim ſi aliam rem reliquit à ſubſtituto ei fideicommiſſario vel Legatario quam ab inſtituto non reliquerat? Vel quid, ſi certa cauſa fuit cur ab inſtituto relinqueret, quæ*

in subſtituto ceſſaret? Vel quid, ſi ſubſtituit ex parte fideicommiſſarium cui ab inſtituto reliquerat fideicommiſſum? In obſcurâ igitur voluntate locum habere reſcriptum, dicendum eſt.

La même préſomption a lieu, ſuivant la loi 98, D. *de legatis* 3°., lorſque l'inſtitué étoit chargé nommément du legs. La différence de ce cas d'avec celui où la charge du legs eſt impoſée à la qualité d'héritier, eſt clairement établie par le texte que nous venons de citer: *Si plures gradus ſint heredum, & ſcriptum ſit*, heres meus dato, *ad omnes gradus hic ſermo pertinet, ſicuti hæc verba*, quiſquis mihi heres erit. *Itaque ſi quis velit non omnes heredes Legatorum præſtatione onerare, ſed aliquos ex his, nominatim damnare debet.*

Cette différence ſe remarque encore dans l'accroiſſement d'hérédité. Lorſqu'une portion héréditaire devient vacante par le prédécès ou la répudiation de celui à qui elle eſt laiſſée, les autres héritiers à qui elle accroît ſont tenus des legs dont elle étoit chargée en termes communs; mais ils ne doivent point ceux que le teſtateur lui avoit impoſés en termes propres & appellatifs. La loi 29, §. 2, D. *de legatis* 2°. le décide ainſi: *Si filio heredi pars ejus à quo nominatìm legatum eſt, accreſcit, non præſtabit legatum.*

Ce n'eſt pas aſſez pour un Légataire de ſavoir quels ſont ceux contre qui il doit diriger l'action perſonnelle que la loi lui donne, à l'effet d'acquérir la jouiſſance de ſon legs, il faut encore qu'il ſache juſqu'à quelle concurrence il peut les attaquer chacun en particulier, lorſqu'il s'en trouve pluſieurs.

Régulièrement les héritiers ſont ſoumis au

payement des legs, à proportion de leurs parts héréditaires : la loi 124, D. *de legatis* 1°. en contient une décision expresse. » Au moyen de » quoi, dit Bourjon, l'aîné, quoiqu'ayant préci- » put & portion avantageuse, n'y contribue pas » plus que les autres, tels legs ne pouvant à son » égard produire plus d'effets que les dettes... » son droit est écrit dans la coutume qui lui fait » tout entier le présent de son droit d'aînesse, » qu'elle lui donne *jure præcipui & non jure hereditario* «.

Il dépend néanmoins du testateur de charger ses héritiers de payer chacun leur portion virile des legs qu'il fait, & c'est ce qu'il est présumé vouloir lorsqu'il les appelle tous par leur nom propre : autre différence du cas où l'on se sert de termes communs, d'avec celui où l'on employe des termes propres & appellatifs. Ecoutons le jurisconsulte Neratius dans la loi que nous venons de citer : *Si heredes nominatìm enumerati dare quid damnati sint, propiùs est ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exæquentur in legato præstando : qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent.*

Le testateur peut aussi ordonner qu'il sera libre aux Légataires de se pourvoir solidairement contre un seul héritier, sauf le recours de celui-ci contre les autres.

On prétend même assez communément, que les legs pieux sont solidaires de leur nature ; & il y a dans Basset un arrêt du parlement de Grenoble du 30 janvier 1636 qui l'a ainsi jugé : cette opinion peut encore être appuyée de deux arrêts du parlement de Paris des 9 décembre 1544 & 14

mars 1571, cités par Brillon, qui ont déclaré solidaires des legs faits aux domestiques des testateurs. Mais le privilége que ces décisions ont attribué à ces sortes de legs, ne se trouve que dans les livres des interprètes; les loix ne l'ont point introduit, & conséquemment il ne mérite pas grande considération. Aussi trouvons-nous dans Boniface un arrêt du parlement de Provence du 5 avril 1677, qui déclare le chapitre de Sisteron non recevable & mal fondé à se pourvoir solidairement contre un des cohéritiers pour le payement d'un legs obituaire.

Ceux qui regardent les legs pieux comme solidaires, ne manquent pas d'attribuer la même qualité aux legs d'alimens. Leur avis a même été adopté par un arrêt que rapporte Belordeau; mais c'est une erreur très-clairement réfutée par la loi 3, D. *de alimentis legatis*. Nous voyons à la vérité dans ce texte, que les juges sont assez dans l'usage d'assigner sur un seul héritier le payement d'un tel legs, *ne à singulis heredibus minutatìm alimenta petentes distribuantur*; mais on y voit aussi que cet usage n'est pas une règle, & qu'ils peuvent s'en écarter: *Divus Pius Rubrio cuidam Telesphoro rescripsit: consules, vocatis his à quibus vobis alimenta deberi ex causâ fideicommissi constiterit, vel omnes ab uno, vel factâ pro ratâ distributione, quis & à quibus percipiatis decernent.* Et ce qu'il y a encore de plus décisif, c'est que lors même que le juge a chargé un seul d'entre les héritiers d'acquitter une pension alimentaire, celui-ci n'est pas pour cela obligé de payer la part de ceux qui deviennent dans la suite insolvables. *Jam nunc*

ſciatis partes eorum qui ſolvendo eſſe deſierint, non pertinere ad onus reliquorum heredum.

C'eſt une queſtion ſi dans les coutumes de Douai, de Lille, de Hainaut, d'Artois, de Malines, de Normandie & d'Amiens, où chaque héritier peut être pourſuivi ſolidairement pour les dettes perſonnelles, il en doit être de même en matière de Legs. On dit pour la négative, que l'on ne doit pas étendre ces coutumes hors de leurs termes précis; qu'elles donnent bien une action ſolidaire aux créanciers, mais pas aux Légataires; que d'ailleurs la condition de ceux-ci eſt très-différente de la condition de ceux-là, puiſque les uns cherchent à gagner, au lieu que les autres cherchent à ne point perdre; qu'enfin cette opinion a été expreſſément adoptée par deux ſentences de l'échevinage de Malines rendues en 1556 & 1567.

On dit pour l'affirmative, que les Légataires ſont véritablement créanciers lorſque leurs legs ſont échus; que cela réſulte nettement de la loi 40, D. *de obligationibus & actionibus*, conçue en ces termes : *Is cui ſub conditione legatum eſt, pendente conditione non eſt creditor, ſed tunc cùm extiterit conditio.* On ajoute qu'il ne faut pas diſtinguer où la loi ne le fait pas; qu'ainſi on ne doit mettre aucune différence, par rapport à la ſolidité de l'action, entre les dettes nées au moment de la mort du teſtateur, & celles qui ont été formées auparavant: enfin on cite pour cet avis une ſentence du conſeil d'Artois, confirmée par arrêt du grand conſeil de Malines rendu le 17 novembre 1618 & rapporté par M. Cuvelier. Baſnage ſur l'article 431 de la coutume de Normandie, ne trouve aucune difficulté dans cette opinion.

Il eſt temps de paſſer à l'action réelle que les législateurs Romains ont donnée aux légiſlateurs pour ſe procurer la jouiſſance de leurs legs.

Cette action réſulte, comme on l'a vu plus haut, de la propriété qui paſſe immédiatement de la tête du défunt ſur celle du Légataire : celui-ci peut l'intenter contre un tiers-poſſeſſeur, auſſi bien que contre l'héritier ou autre chargé par le teſtateur de la preſtation du legs ; parce qu'en matière de revendication, on ne conſidère pas ſi l'aſſigné eſt perſonnellement débiteur du demandeur, mais ſeulement ſi celui-ci eſt propriétaire de la choſe que celui-là poſsède. De là vient que ſi de pluſieurs héritiers grevés également par le teſtateur, le Légataire en attaque un réellement, il doit obtenir à ſa charge une condamnation ſolidaire, ou du moins juſqu'à concurrence de ce qu'il poſsède de la choſe léguée, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers. La loi 55, D. *de rei vindicatione* établit nettement cette conſéquence : *Si poſſeſſor fundi, ante judicium acceptum, duobus heredibus relictis deceſſerit, & ab altero ex his qui totum fundum poſſidebat, totus petitus fuerit, quin in ſolidum condemnari debeat, dubitari non oportet.*

Comme les corps certains & déterminés ſont les ſeuls objets ſuſceptibles de revendication, ce ſont auſſi les ſeuls qu'un Légataire puiſſe demander par cette voie. Ainſi on ne peut agir réellement pour un legs de quantité, d'une certaine ſomme, d'une dette active, d'une preſtation perſonnelle, ni même d'un fonds ou d'un corps quelconque à choiſir par l'héritier parmi d'autres du même genre.

L'action réelle ceſſeroit encore dans le cas où

le teſtateur auroit légué un corps certain & déterminé qui ne lui appartiendroit point ; la raiſon en eſt évidente : pour être en droit de revendiquer, il faut être propriétaire : or, un Légataire ne peut acquérir de plein droit la propriété d'un bien, ſi le teſtateur ne l'avoit pas lui-même : c'eſt ce que prouve la loi 80, D. *de legatis* 2°. aux mots *quod hereditatis fuit*, & c'eſt ce qui réſulte de la maxime, *nemo plus juris in alium transferre poteſt quàm ipſe habet.*

Hors ces cas particuliers, le Légataire peut agir réellement contre tout poſſeſſeur de la choſe qui lui a été léguée. On a prétendu à la vérité, ſur le prétexte de la néceſſité de la demande en délivrance, qu'il en devoit être autrement dans nos mœurs. Et, ce qui doit aſſez ſurprendre, ce ſyſtême a été adopté par les rédacteurs de la coutume de Gand. » Les Légataires du tiers diſpo- » nible & autres doivent obtenir leurs dons par » action perſonnelle, ſans qu'il leur appartienne » aucune action réelle ou hypothécaire «. Ce ſont les termes de cette coutume, rubrique 28, article 4.

Mais cette erreur déjà réfutée par ce que nous vons dit dans le paragraphe précédent au ſujet de la demande en délivrance, n'a pas fait de grands progrès, ni trouvé beaucoup de ſectateurs. Maillart nous a même conſervé un arrêt du parlement de Paris qui l'a proſcrite formellement. Voici comme s'explique cet auteur ſur l'article 15 de la coutume d'Artois.

» Quoique les Légataires étrangers ne ſoient » pas de plein droit ſaiſis de leurs legs, & qu'ainſi » il ſemble que le Légataire d'un fonds particulier » ne puiſſe pas agir en déſiſtement ni en décla-

» ration d'hypothèque contre le tiers détenteur
» réalisé, à qui l'héritier aura vendu le fonds
» légué, sauf son action personnelle contre l'hé-
» ritier, néanmoins, parce que la propriété de la
» chose léguée passe de plein droit dans le Léga-
» taire, qui ne doit en demander que la déli-
» vrance, c'est-à-dire, la possession à l'héritier,
» l'on estime que le Légataire non réalisé peut
» agir en désistement contre le tiers détenteur du
» fonds légué, quoique réalisé; parce que l'hé-
» ritier n'a pas pu transférer dans ce tiers déten-
» teur, des droits personnels qu'il n'y avoit soi-
» même qu'à la charge d'en faire délivrance au
» Légataire. Jugé par arrêt du 12 décembre 1701,
» rendu à l'audience de la grand'chambre, en
» confirmant les sentences du conseil provincial
» d'Artois, datées des 21 octobre & 22 novembre
» 1701 «.

Occupons-nous maintenant de l'action hypothécaire que Justinien a jointe à celles dont nous venons de parler.

L'hypothèque légale qui fait la matière de cette action, affecte généralement tous les biens qui ont été dévolus, lors de la mort du testateur, à celui ou ceux qu'il a chargés du payement des legs. *Et hoc disposuimus* (dit Justinien dans la loi 1, C. *communia de legatis*), *non tantùm si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed & si à Legatario vel fideicommissario, vel aliâ personâ quam gravare possumus, cuidam relinquatur. Cùm enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei à quo derelictum est, nihil est grave etiam adversùs eum non tantùm personalem, sed etiam in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus quas à testatore consecutus est.*

Cette hypothèque n'attribue point aux Légataires une préférence ſur les créanciers du défunt : il eſt certain au contraire que ceux-ci doivent toujours être payés les premiers; la loi dernière, §. 5, C. *de jure deliberandi* en contient une diſpoſition expreſſe. Les Légataires tirent cependant deux grands avantages de leur hypothèque ; le premier eſt d'être mis en ordre avant les propres créanciers de celui qui eſt chargé de payer leurs legs, comme l'ont jugé deux arrêts des 24 ſeptembre 1574, & 7 avril 1595, rapportés par Brodeau ſur M. Louet ; préférence qui a lieu, ſoit que les dettes contractées par ce dernier ſoient antérieures à la mort du teſtateur, ſoit qu'elles n'aient été créées qu'après, parce que n'ayant recueilli les biens du défunt qu'à la charge de l'hypothèque dont la loi les avoit frappés, il n'a pas été en ſon pouvoir de les charger au préjudice des Légataires. Le ſecond avantage eſt qu'un Légataire peut agir hypothécairement contre les tiers acquéreurs des biens recueillis par la perſonne obligée au payement de ſon legs. *Alienatio cùm ſit, cùm ſuâ cauſâ dominium ad alium transferimus, quæ eſſet futura, ſi apud nos ea res manſiſſet*, dit la loi 67, D. *de contrahendâ emptione.*

La première queſtion qui ſe préſente ſur l'hypothèque dont il s'agit ici, eſt de ſavoir ſi elle a encore lieu dans nos mœurs. S'il falloit en croire quelques écrivains qui écoutent plus leur imagination qu'ils n'étudient les loix, on ne balanceroit pas à répondre pour la négative. Voici, par exemple, comme s'explique là-deſſus l'auteur du droit commun de la France. » Le teſtament, » quoiqu'authentique & paſſé pardevant notaires, » ne produit pas d'hypothèque ſur les biens du

» testateur, qui ne contracte aucun engagement
» par la rédaction de son testament, raison qui
» me paroît effacer toute idée d'hypothèque; &
» par conséquent où il n'y a pas d'hypothèque,
» il ne peut y avoir de poursuite hypothécaire «.

Si cet auteur appuyoit sa doctrine sur l'usage particulier du royaume, & qu'il donnât des preuves de cet usage, on pourroit l'écouter : mais il parle d'après les principes généraux de la matière: or, il est constant que le droit commun donne aux Légataires une hypothèque proprement dite : *Censemus*, dit Justinien, *& insuper utilem servionam, idest, hypothecariam super his quæ fuerint derelicta in res mortui præstare.* Il est donc clair que Bourjon se trompe. Aussi nos livres sont-ils remplis d'arrêts qui ont adjugé aux Légataires l'entier effet de cette hypothèque : nous aurons occasion de les rapporter ci-après.

Il faut convenir cependant, que plusieurs coutumes des pays de nantissement rejettent formellement l'hypothèque dont il s'agit. Celle d'Artois, article 74, est on ne sauroit plus précise sur ce point : » Sentences, promesses, *testamens*, & gé-
» néralement toutes obligations personnelles, ne
» engendrent saisine, hypothèque ou réalisation
» sur les héritages du condamné, prometteur,
» testateur ou obligé «.

La coutume de Gand porte également, rubrique 28, article 4, que les Légataires ne peuvent se pourvoir hypothécairement en délivrance de leurs legs. Le conseil souverain de Brabant a aussi jugé par arrêt rendu en révision le 20 novembre 1659, & par un autre du mois de janvier 1711, qu'un tiers détenteur des biens du défunt aliénés par l'héritier, ne pouvoit être poursuivi

en déclaration d'hypothèque par le Légataire d'une somme d'argent. *Nec mirum*, dit M. le comte de Winantz, en rapportant ces arrêts, *tacitæ enim ac legales hypothecæ à foro nostro recesserunt, nisi quatenùs edicto perpetuo anni* 1611 *aliisque principum placitis, aut statutis, vel receptis consuetudinibus datæ aut conservatæ sunt.* Voyez l'article NANTISSEMENT.

Il faut remarquer cependant, que les coutumes qui ont ôté aux Légataires l'hypothèque légale que leur avoit donnée l'empereur Justinien, ne les ont pas privés pour cela du privilége que l'ancien droit Romain leur accordoit contre les créanciers de l'héritier, par l'effet de la séparation des biens. Ainsi, tant que les biens du testateur ne sont pas sortis des mains de l'héritier, le Légataire a dans ces coutumes le même avantage que s'il pouvoit agir hypothécairement.

Le Hainaut a sur ce point une jurisprudence particulière. Non seulement les Légataires n'y ont pas d'hypothèque tacite, ils n'y jouissent pas même du moindre privilége contre les créanciers de l'héritier, parce que la séparation des biens n'a pas lieu en cette province, comme l'ont jugé deux arrêts; l'un rendu au conseil souverain de Mons au mois de janvier 1660, entre les héritiers de M. le Duc, conseiller en cette cour, & les exécuteurs testamentaires du nommé Bourgeois; l'autre du mois de juin 1672, intervenu au parlement de Flandres après deux enquêtes par turbes.

C'est une question fort controversée, si l'action hypothécaire dans les endroits où elle n'est pas hors d'usage en matière de legs, peut être exercée solidairement contre chacun des héritiers. Il est certain dans la thèse générale, que l'action hypo-

thécaire eſt individue & indiviſible, *eſt tota in toto, & tota in quâlibet parte*; en ſorte que celui d'entre pluſieurs coobligés qui ne ſeroit tenu que pour ſa portion virile, s'il étoit attaqué perſonnellement, eſt obligé à toute la dette lorſqu'il eſt pourſuivi hypothécairement. Mais on demande ſi Juſtinien n'en a pas diſpoſé autrement par rapport à l'hypothèque qu'il a donnée aux Légataires. La difficulté de cette queſtion vient de l'équivoque des mots *in tantùm* employés dans ce paſſage de la loi 1, C. *communia de legatis : In omnibus autem hujuſmodi caſibus in tantùm & hypothecariâ unumquemque conveniri volumus, in quantùm perſonalis actio adverſùs eum competit.* Les mots *in tantùm* peuvent ſe traduire par *autant* ou par *en tant.* Dans le premier ſens, Juſtinien ordonne que les héritiers ne ſeront tenus de l'action hypothécaire que pour la portion à laquelle ils peuvent être obligés par action perſonnelle ; & dans le ſecond ſens, il veut que les héritiers ne puiſſent être attaqués hypothécairement qu'entant qu'ils ſeront ſujets à l'action perſonnelle; ce qui exclut à la vérité les héritiers que le teſtateur a déchargés du payement des legs, mais ne décide pas que la portion en laquelle les héritiers peuvent être attaqués perſonnellement, ſoit la meſure de l'action hypothécaire.

Ces deux traductions, quoique très-différentes, conviennent également à la lettre du texte : mais laquelle devons-nous préférer à l'autre ? Les auteurs qui adoptent la première, & ſoutiennent en conſéquence que les héritiers ne ſont tenus hypothécairement des legs que juſqu'à concurrence de leurs portions héréditaires, ſont Dumoulin, Cujas, Corvinus, Giphanius, Henrys, Ricard,

Voët, Carondas, Maynard, Despeisses, Chopin. Les raisons dont ils appuient leur sentiment sont spécieuses.

L'action personnelle, disent-ils, est la base & le fondement de l'action hypothécaire que Justinien attribue aux legs : or, l'action personnelle se divise de plein droit entre les cohéritiers par portions héréditaires; l'hypothèque doit donc recevoir la même division, ou plutôt il n'est pas question de la diviser, puisqu'elle n'a jamais été solidaire & individue : en effet, quand les réformateurs de la coutume de Paris ont donné dans l'article 333 une action hypothécaire pour le tout, contre les héritiers pour les dettes du défunt, ils ont déclaré qu'ils en usoient ainsi, parce que l'obligation ayant existé dans la personne du défunt, il étoit juste que tous ses biens y fussent hypothéqués; que les héritiers trouvant ces mêmes biens obligés à toute la dette, ils ne pouvoient diviser la sûreté des créanciers qui n'avoient contracté que sur la foi de cette hypothèque générale. Ce n'est donc que quand l'hypothèque a été formée avant l'ouverture de la succession, qu'elle est indivisible contre les héritiers : par conséquent toutes les dettes qui ne commencent qu'après la mort du défunt, ne peuvent jamais être solidaires contre les héritiers, parce que l'action personnelle se divise entre eux de plein droit, & que l'action hypothécaire doit nécessairement avoir le même sort. C'est ainsi qu'en matière de dettes chirographaires reconnues par acte notarial après la mort du débiteur, on ne donne hypothèque contre les héritiers que pour la part de chacun, suivant deux arrêts de 1589 & 1600, rapportés par M. Bouguier. Si donc l'hypothèque des Léga-

taires ne commence qu'après la mort du testateur, il faut qu'elle se divise entre les héritiers : or, il est facile d'établir qu'elle n'a pu exister avant l'ouverture de la succession. 1°. Elle n'est, comme on l'a dit, qu'un accessoire d'un engagement déjà formé, elle ne peut subsister sans une obligation personnelle : l'action pour le payement des legs n'a été ouverte qu'après la mort du testateur ; il est donc impossible de s'imaginer que l'hypothèque ait pu commencer auparavant. 2°. L'héritier a été saisi au moment même de la mort du défunt. Le Légataire au contraire n'a pu l'être qu'après la délivrance qui lui a été faite par l'héritier ; l'hypothèque de celui-là n'a donc pas pu commencer avant la saisine de celui-ci, & conséquemment il est de toute impossibilité qu'elle ait chargé indivisément tous les biens du testateur.

L'opinion contraire est soutenue par Bacquet, Ragueau, Mornac, Renusson & Furgole. 1°. disent-ils, l'empereur Justinien a attribué aux legs une vraie action hypothécaire ou quasi-servienne ; la loi 1, C. *communia de legatis*, le dit en termes exprès : on doit donc croire qu'il a voulu lui donner le même effet & la même indivisibilité qu'à toutes les autres actions du même genre, & d'autant plus qu'il déclare lui-même expressément qu'il l'établit à l'exemple de celles que les loix antérieures avoient permis au testateur d'assigner par son testament, & des autres hypothèques tacites que le droit avoit introduites auparavant. *Cùm enim jam hoc jure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, & iterùm novellæ constitutiones in multis casibus & tacitas hypothecas introduxerunt, non abs re est etiam nos in præsenti*

casu hypothecariam donare actionem. 2°. Cette action hypothécaire a été introduite pour assurer le payement des legs ; la loi que nous venons de citer le déclare nettement : or il est certain qu'une hypothèque tronquée & mutilée par la division ne rempliroit pas les vûes du législateur ; elle n'ajouteroit même rien, par rapport à l'héritier, au bénéfice de séparation de biens que l'ancien droit accordoit aux Légataires. 3°. Dans le droit Romain, l'hypothèque étoit acquise aux Légataires au moment du décès du testateur, & conséquemment avant que les héritiers ne fussent saisis de l'hérédité, car la saisine de ceux-ci n'avoit lieu que du jour de l'adition, suivant les §. 1 & 6 du titre *de caducis*, au code. Cette hypothèque étoit donc établie dans le temps que l'hérédité représentoit la personne du défunt, & par une conséquence nécessaire elle étoit indivisible & solidaire avant que les héritiers ne fussent tenus de l'action personnelle, puisque cette action ne venoit que de l'adition par laquelle ils étoient censés contracter avec les Légataires. Dans notre usage, les héritiers sont à la vérité saisis de l'hérédité dès la mort du défunt, mais aussi les Légataires sont saisis de leur hypothèque dès le même instant : on ne peut pas même concevoir un temps où le droit des héritiers ait précédé celui des Légataires; encore moins peut-on dire qu'il s'agit ici d'une hypothèque divisée dans son origine, sous prétexte que l'obligation ne commence qu'en la personne des héritiers ; il est vrai que les Légataires n'ont pas eu d'action contre le défunt, mais c'est du défunt même qu'ils tirent leur droit ; c'est le défunt qui leur a affecté ces biens avant qu'ils ne fussent dévolus à ses héritiers,

héritiers, & par conséquent avant qu'il eût pu se faire aucune division de l'action hypothécaire.

Cette interprétation convient certainement beaucoup mieux que l'autre à la nature de l'hypothèque, à son objet, & à l'intention de la loi qui l'a introduite; & ce qui doit nous la faire admettre sans difficulté, c'est qu'elle a toujours été adoptée par les cours souveraines : car s'il est un cas où la jurisprudence des arrêts mérite notre considération, c'est lorsqu'elle est uniforme, & qu'elle a pour objet l'explication d'une loi obscure ou équivoque (*).

Le plus ancien arrêt que l'on connoisse sur cette matière est du 8 juin 1386; il est rapporté par Duluc, livre 10, titre 3, chapitre 2; & il a condamné un héritier personnellement pour sa part & portion, & hypothécairement pour le tout, au payement d'un legs.

Bacquet en son traité des droits de justice, chapitre 8, n. 26, en rapporte deux semblables des 24 juillet 1561 & 7 septembre 1584. Carondas, livre 6, réponse 33, fait mention d'un autre du 14 mai 1571 : on en trouve un cinquième du mois d'avril 1577 dans Maynard, livre 8, chapitre 63; un sixième du 27 juillet

---

(*) *Si de interpretatione legis quæratur, inprimis inspiciendum est quo jure civitas retrò in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo. Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuò similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.*

1581 dans Mornac sur la loi 18, C. *de pactis*; un septième du 17 décembre 1707 dans Augeard; un huitième du 12 mai 1710 dans le même arrêtiste. » Il est même remarquable, dit Furgole, » qu'on ne trouve dans nos auteurs aucun arrêt » qui ait jugé en faveur de la division de l'hy» pothèque «.

Renusson & quelques autres auteurs prétendent que les legs contenus dans un testament olographe n'emportent point hypothèque. Cette opinion fut même adoptée par M. l'avocat-général de Lamoignon, lors de l'arrêt déjà cité du 27 mai 1710. Dans le droit Romain, disoient les parties pour lesquelles ce magistrat donna ses conclusions, tous les testamens devoient être passés devant des personnes publiques, ou prononcés devant des témoins; étant tous authentiques, l'hypothèque en étoit une suite naturelle. Il n'en est pas de même parmi nous : nos coutumes ont introduit une nouvelle espèce de testament fait sous seing privé, qu'elles appellent *olographe*, testament inconnu aux Romains. Cependant nous avons conservé leur maxime, que l'hypothèque ne peut se constituer sans l'autorité des personnes publiques. Par quelle raison veut-on donc donner au testament dont il s'agit, à un acte sous seing privé, un privilége qu'aucune loi n'accorde qu'à l'acte authentique ? Quel motif peut favoriser une dérogation si précise à la règle générale, & admettre une extension à un cas que la loi n'a point absolument prévu, sur-tout en matière d'hypothèque, que nous ne regardons pas comme un droit bien favorable ? Comme elle tend toujours à faire préjudice à un tiers, tout y est de

rigueur, & on n'y supplée jamais : il faut ou un acte authentique qui la produise, ou une loi expresse qui l'admette ; autrement nulle hypothèque, nulle extension, nulle interprétation. Or on ne peut citer aucun texte qui ait accordé ce privilége au testament olographe.

Malgré ces raisonnemens, l'arrêt du 27 mai 1710 a jugé que le testament olographe dont il s'agissoit, avoit produit une hypothèque sur les biens du testateur, dès le moment même de son décès ; & cette décision paroît aujourd'hui sans contradicteurs. Chez les Romains, les actes authentiques n'emportoient pas plus hypothèque par eux-mêmes que les actes sous seing privé ; l'hypothèque parmi eux ne pouvoit naître que de la force de la loi, ou de la volonté expresse & spéciale de l'homme : aussi voyons-nous dans la loi 1, C. *communia de legatis*, qu'avant Justinien les Légataires ne jouissoient du privilége dont nous parlons, que quand le testateur le leur accordoit expressément : Justinien a voulu qu'ils en fussent saisis de plein droit, afin d'assurer d'autant mieux le payement de leurs legs ; mais il est évident que la considération de la forme authentique & solemnelle des testamens usités de son temps, n'est entrée pour rien dans les motifs de cette innovation, puisqu'encore une fois, la forme des actes étoit tout-à-fait indifférente à la question de savoir s'il en résultoit une hypothèque, lorsqu'il ne s'y trouvoit pas de stipulation spéciale pour ce sujet. C'est donc uniquement de la puissance de la loi que dérive le privilége dont il est ici question, & conséquemment il doit s'exercer sur tous les testamens approuvés par la loi, tels que sont

dans la plupart de nos coutumes les teſtamens olographes.

C'eſt d'après ce principe qu'un autre arrêt du 24 juillet 1651, rapporté par Ricard, a donné hypothèque à un legs fait par un teſtament paſſé devant un vicaire & deux témoins. On ne peut mettre un pareil teſtament au nombre des actes authentiques, ou du moins ſi on lui donne cette qualité, ce ne peut être que parce que les coutumes l'autoriſent; & comme les coutumes & les ordonnances de nos rois autoriſent auſſi les teſtamens olographes, on ne doit pas non plus leur refuſer le titre & le privilége d'actes authentiques.

On demande ſi l'hypothèque dont nous nous occupons ici s'étend ſur les biens de l'héritier, ou ſi elle eſt bornée à ceux que le teſtateur a laiſſés dans ſa ſucceſſion; la loi 1, C. *communia de legatis*, décide nettement pour ce dernier parti : *Et hypothecam eſſe non ipſius heredis vel alterius perſonæ quæ gravata eſt fideicommiſſo, rerum, ſed tantummodò earum quæ à teſtatore ad eam pervenerint.*

Mais du moins dans le droit commun du royaume qui accorde une hypothèque tacite à tous les actes publics, ne doit-on pas en donner une aux Légataires ſur les biens propres de l'héritier depuis ſon adition? Il faut diſtinguer le cas où l'adition eſt faite en juſtice ou par acte notarial, d'avec celui où elle s'opère par le ſeul fait, c'eſt-à-dire, par la miſe en poſſeſſion de l'héritier, ſans aucune déclaration authentique & préalable de l'acceptation qu'il fait de l'hérédité.

Au premier cas, les Légataires acquièrent une hypothèque ſur ſes propres biens, du jour de ſon

adition. Raviot fur Perrier nous apprend que le parlement de Bourgogne l'a ainfi déclaré par un arrêt général du 19 juillet 1641, confirmé par des lettres-patentes du 4 août 1642. C'eft auffi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Touloufe du 22 août 1733, dont voici le difpofitif:

Ordonne notredite cour qu'en cas d'infuffifance des biens de Jean Méjanelle premier, les créanciers, Légataires & légitimaires dudit Jean Méjanelle premier feront payés des fommes à eux dues fur les biens dudit Jean deuxième, à compter du jour qu'il accepta l'hérédité dudit Jean fon père. » Cette jurifprudence, dit Furgole, me paroît exacte & conforme à nos maximes; car il » eft indubitable que l'adition d'hérédité eft un » quafi-contrat qui oblige l'héritier envers les » créanciers & les Légataires.... Si donc ce » quafi-contrat fe trouve dans un acte public, qui » produit hypothèque felon nos ufages, il eft clair » que l'hypothèque eft acquife aux créanciers, » aux Légataires, & aux autres intéreffés fur les » biens de l'héritier, du jour de l'adition ou de » l'acceptation faite par un acte public qui produit » par lui-même cette hypothèque «.

Dans le fecond cas, c'eft-à-dire, lorfque l'adition n'eft pas faite par un acte judiciaire ou notarial, elle ne donne point d'hypothèque aux Légataires; ceux-ci ne peuvent prétendre un pareil privilége que du jour qu'ils ont obtenu une condamnation à la charge de l'héritier. C'eft en ce fens que doivent être entendus les arrêts des parlemens de Paris, de Touloufe, de Grenoble & d'Aix, rapportés par Bacquet, *des droits de juftice*, chapitre 21, n. 170; M. Bouguier, lettre H,

n. 5 ; Brodeau, lettre H, n. 19 ; Albert, lettre A, chapitre 15 ; Baſſet, tome 2, livre 2, titre 5, chapitre 3 ; & Boniface, tome 2, livre 4, titre 3, chapitre 3.

Les Romains ne faiſoient pas la même diſtinction que nous ; ils tenoient indiſtinctement, comme on le voit dans la loi 29, D. *de pignoribus*, que l'adition d'hérédité ne donnoit aux créanciers & Légataires du défunt, aucun privilége ſur les biens propres de l'héritier ; mais c'étoit parce que chez eux, l'hypothèque ne s'acquérant que par ſtipulation, la forme de l'acte & la publicité de la perſonne qui l'avoit écrit, ne pouvoit jamais lui donner l'être.

Tels ſont tous les principes particuliers à chacune des trois actions perſonnelle, réelle & hypothécaire, introduites pour parvenir au payement d'un legs ; voyons maintenant s'il eſt permis au Légataire de les faire concourir. La négative eſt établie par la loi 76, §. 8, D. *de legatis* 2°. En voici les termes : *Variis actionibus Legatorum ſimul Legatarius uti non poteſt, quia legatum datum in plures dividi non poteſt : non enim eâ mente datum eſt Legatariis pluribus actionibus uti, ſed ut laxior eis agendi facultas ſit, ex unâ interim quæ fuerat electa legatum petere.*

Il ne faut pas croire cependant qu'il ſoit défendu d'intenter tout à la fois l'action perſonnelle & l'action hypothécaire contre un des héritiers chargés du payement des legs : la loi que nous venons de citer n'interdit que le concours de l'action perſonnelle & de l'action réelle, les ſeules qui avoient lieu dans le temps de la rédaction du digeſte ; & l'action perſonnelle, bien loin d'être

incompatible avec l'action hypothécaire, en est au contraire la base & le fondement. Aussi tous les arrêts que nous avons rapportés ci-dessus en traitant la question de l'indivisibilité de l'hypothèque en matière de legs, ont-ils condamné les héritiers personnellement pour leur part & portion, & hypothécairement pour le tout ; ce qui démontre bien clairement que l'action hypothécaire peut être jointe à la personnelle.

Le concours de l'action personnelle & de l'action réelle n'est pas seulement défendu à l'égard du Légataire, il l'est encore à l'égard de ses héritiers, lorsqu'il décède sans avoir fait choix de l'action qu'il avoit à exercer. Ecoutons le jurisconsulte Julien, dans la loi 84, §. 13, D. *de legatis* 1°. *Si is cui legatum fuerat antequàm constitueret quâ actione uti vellet, decessit, duobus heredibus relictis ; legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt, quare quamdiù alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest. Sed si consenserint, rem communiter habebunt ; consentire autem vel suâ sponte debent, vel judice imminente.*

Voët prétend qu'il faut excepter de cette décision le cas où chacun des héritiers du Légataire voudroit intenter séparément son action pour le payement de sa portion dans la chose léguée. Puisqu'il est permis, dit-il, à l'un de ces héritiers d'accepter sa part, tandis que l'autre répudie la sienne ; pourquoi ne seroit-il pas également au pouvoir de chacun d'eux de choisir une action différente de celle qu'un autre voudroit exercer ? Et si l'on objecte à Voët la loi que nous venons de rapporter, il répond que ces mots, *legatum*

accipere simul venientes, la restreignent au cas où tous les héritiers veulent agir ensemble, sans s'accorder sur le choix de l'action.

Cette opinion ne paroît pas juste. Les termes *legatum accipere simul venientes*, semblent plutôt indiquer une acceptation simultanée de la part de tous les héritiers du Légataire, que des poursuites judiciaires dirigées sous leur nom commun. On ne conçoit pas en effet comment on pourroit dire que plusieurs personnes agissent ensemble & sous la dénomination de *consorts*, tandis que chacune d'elles prendroit une voie différente. Il ne falloit pas une loi pour établir que cela étoit impossible; le bon sens le dit assez. Mais ce que le jurisconsulte Julien a décidé, c'est que relativement à l'objet dont il s'agit ici, tous les héritiers du Légataire doivent être considérés comme une seule personne; en sorte que comme le Légataire n'auroit pas pu demander une partie de son legs par l'action personnelle, & une autre par l'action réelle, il est pareillement défendu à ceux qui le représentent & qui exercent ses droits, de diviser la demande qu'ils font en sa place, & il faut qu'ils s'entendent entre eux de manière que leurs démarches & leurs actions soient toujours uniformes.

Inutilement objecte-t-on que quand le Légataire décède sans avoir accepté son legs, il est permis à l'un de ses héritiers de répudier sa part, & à l'autre de recueillir la sienne. Cette scission, loin de préjudicier à l'héritier du testateur, lui est très-avantageuse, puisqu'elle fait rentrer dans son patrimoine la moitié de la chose léguée : on sent au contraire que la diversité d'actions intentées par les héritiers d'un même Légataire, lui

causeroit de grands embarras, puisqu'elle le nécessiteroit à plaider à la fois dans plusieurs tribunaux. C'est sur-tout lorsque ces sortes de divisions nuisent à l'héritier du testateur, que les loix la condamnent dans les héritiers du Légataire. La loi 56, D. *de conditionibus & demonstrationibus*, nous en fournit un exemple; voici comme elle est conçue: *Cui fundus legatus est*, si decem dederit, *partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset .... scindi ex accidenti conditio non debet, & omnis numerus eorum qui in locum ejus substituuntur, pro singulari personâ est habendus.*

Il ne faut pourtant pas conclure de là, que plusieurs colégataires d'une même chose soient obligés d'intenter la même action. La loi que nous venons de citer établit très-clairement la différence de leur condition d'avec celle de plusieurs héritiers d'un seul Légataire : *Dissimilis est causa cùm duobus eadem res legata est; in hac enim quæstione statim à testamento. . . . divisa in singulas personas videri potest, & ideò singuli cum suâ parte & conditioni parere & legatum capere possunt... in eo verò quod uni sub conditione legatum est, scindi ex accidenti conditio non debet*, &c. Aussi voyons-nous le jurisconsulte Paul décider dans les loix 33 & 85, D. *de legatis* 1°. que de plusieurs colégataires l'un peut agir personnellement & l'autre réellement : *Si pluribus*, dit la première de ces loix, *eadem res legata fuerit, si quidem conjunctìm, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento aget.*

Au reste il faut observer que la prohibition du concours des actions personnelle & réelle, dans les cas où elle a lieu, n'empêche pas de les

intenter l'une après l'autre, lorsque celle dont on avoit d'abord fait choix est devenue illusoire par l'insolvabilité de celui contre lequel on l'avoit dirigée. Ainsi, quand l'héritier a aliéné la chose léguée, & qu'il se trouve hors d'état d'en payer l'estimation au Légataire, celui-ci peut même après avoir agi personnellement contre lui, se pourvoir réellement contre le tiers-acquéreur pour le faire condamner à déguerpir.

Un Légataire doit-il venir par simple action, ou peut-il commencer par commandement, saisie ou exécution? Boërius, Alexandre, Decius, Alciat & Natta prétendent qu'il peut exécuter de plein saut : ils se fondent sur le chapitre 4 de la novelle 1, qui ne dit rien moins que cela; car les mots *ex judiciali decreto* ne peuvent s'entendre d'un commandement fait par un huissier, sans ordonnance préalable & contradictoire du juge, puisque la voie d'exécution parée n'étoit point encore en usage chez les Romains. D'autres auteurs distinguant le testament olographe d'avec celui qui est passé devant des officiers publics, conviennent qu'un Légataire ne peut commencer par saisie en vertu du premier; mais ils soutiennent qu'il le peut en vertu du second : on trouve même dans les notes sur la Peyrere, deux arrêts du parlement de Bordeaux qui l'ont ainsi jugé. D'autres enfin tiennent indistinctement que le Légataire doit commencer par une simple action, & qu'il ne peut user de la voie d'exécution qu'après avoir obtenu un jugement qui ordonne le payement de son legs. Cet avis est adopté par Alexandre, Decius, Fachini, Benedicti, Menochius, Sichardus : le parlement de Metz l'a confirmé par arrêt du 20 novembre 1637, rapporté dans les plaidoyers de

M. de Corberon : on le ſuit auſſi au parlement de Toulouſe & dans toute la France coutumière, ſuivant le témoignage qu'en rendent Furgole & Bacquet, & l'on peut dire que c'eſt le plus juridique. Le droit Romain ne permettoit l'exécution qu'en vertu d'un jugement; les loix du royaume & des pays voiſins ont donné la même force aux contrats paſſés ſous ſcel authentique; mais ces loix ne peuvent être étendues au delà de leurs termes précis, ni conſéquemment appliquées aux actes de dernière volonté; deux raiſons s'y oppoſent : la première eſt qu'elles dérogent au droit commun; la ſeconde, qu'en matière d'exécution tout eſt de rigueur.

Il n'eſt pas indifférent de ſavoir en quel tribunal un Légataire doit ſe pourvoir pour obtenir le payement de ſon legs. Il faut diſtinguer s'il veut agir perſonnellement, réellement ou hypothécairement.

Si le Légataire veut agir perſonnellement, il peut ſe pourvoir devant le juge domiciliaire de l'héritier : *Sed & reſcriptum eſt ut illic fideicommiſſum petatur, ubi domicilium heres habet.* Ce ſont les termes de la loi 50, §. 2, D. *de judiciis*. Chenu ſur Papon nous a tranſmis un arrêt du 12 juin 1564 qui l'a ainſi jugé.

Il peut auſſi faire aſſigner l'héritier devant le juge du lieu où ſe trouve la plus grande partie de la ſucceſſion. La loi que nous venons de citer le décide ainſi : *Si fideicommiſſum ab aliquo petatur, iſque dicat alibi eſſe majorem partem hereditatis, non erit ad præſtationem compellendus : & ita multis conſtitutionibus cavetur, ut ubi petatur fideicommiſſum, ubi major pars hereditatis eſt.*

Si le teſtateur avoit déſigné l'endroit où il

vouloit que le legs fût payé, ce feroit là qu'il en faudroit faire la demande : c'est ce qui résulte de ces termes du même texte, *nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum prestari ubi petitur.*

On peut même se pourvoir valablement devant le juge du lieu où la chose léguée est située : *Si ea res quæ per fideicommissum relicta est, eo loci sit, dicendum est non debere præscribi ei qui petit, quasi major pars hereditatis alibi sit.* C'est ce que porte la loi 52, §. 3, D. *de judiciis.*

La seule circonstance qu'un testament a été passé sous le scel du châtelet de Paris qui est attributif de jurisdiction, suffit-elle pour autoriser un Légataire à y faire assigner les héritiers? Bourjon atteste qu'il n'a jamais vu accueillir les déclinatoires proposés par ceux-ci : » C'est porter loin » cette attribution, dit-il, que d'en faire l'appli- » cation à ce cas, vu que le testateur par son » testament ne contracte aucun engagement ; mais » c'est l'usage peut-être peu compatible avec la » règle, en la prenant dans sa pureté «.

Lorsque le Légataire veut agir réellement, il doit se pourvoir devant le juge de la situation : *Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet ubi res est*, dit la loi 38, D. *de judiciis.* Il peut aussi intenter son action au domicile de celui contre lequel il la dirige, suivant la règle établie par la loi 3, C. *ubi in rem actio*, qui permet d'agir réellement devant le juge de la situation, ou devant le juge domiciliaire du défendeur.

Si le Légataire se pourvoit hypothécairement, il faut distinguer si c'est contre un de ceux que le testateur a chargés du payement de son legs,

ou contre un tiers-acquéreur des biens du défunt. Au premier cas, l'action hypothécaire n'est qu'accessoire à l'obligation personnelle, & par cette raison elle doit être portée devant les juges compétens pour connoître des demandes de legs par action personnelle. Dans le second cas, l'action hypothécaire est purement réelle, & l'on doit y appliquer les mêmes règles de compétence qu'au cas où le Légataire agit réellement.

Tout ce que nous venons d'établir revient à peu-près à l'article 298 de la coutume d'Orléans, qui permet au Légataire de se pourvoir devant le juge de l'ouverture de la succession : 2°. devant celui de la situation de la chose léguée : 3°. devant celui du domicile de l'héritier ou de l'exécuteur testamentaire.

Il y a quelques particularités sur cette matière dans la jurisprudence des Pays-Bas. Voyez l'article Maison mortuaire.

Ce n'est pas assez de connoître en quel siége doit être formée la demande en délivrance du legs, il faut encore savoir où la délivrance doit être faite en conséquence du jugement qui l'ordonne.

La première règle qu'il y a sur cet objet, est de consulter l'intention du testateur : s'il a désigné lui-même l'endroit où il vouloit que le legs fût payé, point de doute que l'héritier ne doive se conformer à sa volonté,

Il en est de même lorsqu'il y a lieu de présumer par la nature de la chose léguée, ou autrement, que le testateur a entendu fixer un certain endroit pour la délivrance. La loi 52, §. 1, D. *de judiciis* nous donne la preuve & l'exemple de cette proposition : *Si libertis suis tesseras frumentarias emi*

voluerit, quamvis major pars hereditatis in provinciâ sit; tamen Romæ debere fideicommissum solvi dicendum est: cùm apparet id testatorem sensisse ex genere comparationis. Les *tesseræ frumentariæ* dont parle ce texte, étoient comme des billets au porteur, avec lesquels on alloit prendre gratuitement du bled dans les greniers que l'empereur avoit à Rome.

Le principe qui a dicté cette décision, fait encore dire à l'auteur de la loi 38 du même titre, que le legs d'une certaine quantité de grains à prendre dans un tel grenier, doit être délivré au lieu de la situation de ce grenier. Brillon rapporte un arrêt du 29 janvier 1633, qui juge en cette conformité, » que douze septiers de bled légués » à l'hôpital saint Etienne, se payeroient au lieu » de Malval, où étoit située la terre sur laquelle » ils devoient être pris; en sorte que les recteurs » qui prétendoient que l'héritier étoit tenu de » faire la délivrance annuelle à saint Etienne, » perdirent leur cause «.

Quand le testateur n'a donné aucun signe de sa volonté concernant le lieu du payement du legs, il faut distinguer s'il s'agit d'un corps certain ou d'une quantité.

Le legs d'un corps certain doit être délivré dans l'endroit même où ce corps se trouvoit au moment de la mort du testateur : *Si res alibi sit quàm ubi petitur, primùm quidem constat ibi esse præstandam ubi relicta est, nisi alibi testator voluit*: ce sont les termes de la loi 47, *de legatis* 1°. Si cependant l'héritier l'avoit transporté ailleurs sans fraude, ce seroit en cet endroit qu'il devroit en faire la délivrance : s'il ne l'avoit ainsi déplacé que dans l'intention de nuire au Légataire, la

délivrance devroit être faite dans le lieu où siége le juge qui l'a ordonnée. C'est la même loi qui le décide en ces termes : *Sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo ejus, nisi ibi prestetur ubi petitur, hæres condemnabitur doli sui nomine. Cæterùm si sine dolo, ibi presta-bitur quò transtulit.*

Le legs d'une quantité doit être payé dans l'endroit où la demande judiciaire en est faite. C'est ce que porte le §. 1 de la loi citée. La loi 38, D. *de judiciis*, dit la même chose en termes plus précis : *Præterea quod pondere, aut numero, aut mensurâ continetur, ibi dari debet, ubi petitur : nisi si adjectum fuerit, centum modios ex illo horreo, aut vini amphoras ex illo dolio.*

Si le legs de quantité n'étoit pas considérable, & qu'il fût fait à une personne constituée en dignité, l'héritier seroit obligé de le payer au domicile du Légataire, pourvu qu'il se trouvât en cet endroit assez de biens pour l'acquitter. C'est ce que décide la loi 52, §. 2, D. *de judiciis*; en voici les termes : *Sed & si proponas quibusdam clarissimis viris argenti vel auri pondo relicta, & sit sufficiens ad hujusmodi fideicommissa Romæ patrimonium, licet major pars totius patrimonii in provinciâ sit, dici oportet Romæ esse præstandum, nec enim verisimile est testatorem qui honorem habitum voluit his quibus reliquit, tam modica fideicommissa in provinciâ præstari voluisse.* Il y a dans M. Maynard, liv. 8, chap. 63, un arrêt sans date, qui a ordonné dans l'espèce de cette loi, qu'un legs de cent écus fait à un conseiller du parlement de Toulouse, lui seroit payé en cette ville; l'héritier & le Légataire peuvent déroger à toutes ces règles par un consentement réciproque. Il ne faut

pas même que ce consentement soit exprès : si, par exemple, l'un a commencé de payer, & l'autre de recevoir dans un autre endroit que celui désigné par le testateur ou par les loix, ce sera là que le payement devra être complété. La loi 50, §. 2, & la loi 52, D. *de judiciis*, en contiennent une disposition précise : *Quoties autem cœpit quis fideicommissum solvere, non potest hac præscriptione uti, quamvis ad eum hereditas fuerit devoluta qui domicilium in provinciâ habet. Sed & Divi Severus & Antonius rescripserunt, si consenserit fideicommissum alio loco dare, necesse habere secundùm consensum dare ubi consenserit.*

Il arrive souvent qu'un héritier assigné en délivrance de legs, cherche à impugner les dispositions du testateur. Dans ce cas, le juge doit lui ordonner, par provision, de payer les Légataires, en donnant par ceux-ci bonne & suffisante caution. C'est ce que décide la loi 6, D. *de hereditatis petitione* ; voici comme elle est conçue : *Si testamentum falsum esse dicatur, & ex eo legatum petatur, vel præstandum est, oblatâ cautione, vel quærendum an debeatur.* Ces derniers termes nous font voir que si les Légataires refusent de donner caution, le payement doit être différé jusqu'au jugement définitif.

La jurisprudence des tribunaux François est conforme à ce texte. Bouchel rapporte un arrêt, par lequel la provision fut adjugée sur le champ aux Légataires de l'archevêque de Vienne, en baillant caution, nonobstant & sans préjudice de tous les moyens de suggestion, de faux, & autres allégués contre le testament. Duluc & Papon rapportent un arrêt semblable du 16 février 1552. Le Vest nous en a conservé un pareil du 25 juin 1575.

Cette

Cette règle admet néanmoins quelques exceptions. D'abord l'héritier *ab inteſtat*, qui impugne le teſtament, ne peut demander le payement proviſionnel du legs porté en ſa faveur dans cet acte. C'eſt la déciſion de la loi que nous venons de citer : *Et ſi teſtamentum falſum eſſe dicatur, ei tamen qui falſi accuſat, ſi ſuſcepta cognitio eſt, non eſt dandum.*

2°. On trouve dans Duluc un arrêt de l'an 1548, qui a refuſé la proviſion à une Légataire, accuſée d'un mauvais commerce avec le teſtateur.

3°. » Lorſqu'il ſe reconnoît d'abord & ſommairement, dit Ricard, que les héritiers ont apparemment juſte ſujet de conteſter le teſtament » de celui auquel ils ſuccèdent, & qu'il ne doit » point paſſer pour un effet de ſa volonté, pour » lors nos juges ont accoutumé de laiſſer la poſſeſſion aux héritiers, par le mérite de leurs » prétentions ; l'exécution des loix étant toujours » laiſſée à la prudence des juges, qui ſont des » loix parlantes & animées «. J'ai vu auſſi, ajoute l'annotateur de ce juriſconſulte, » donner la proviſion pour les quatre quints des propres à une » ſœur exhérédée, d'autant qu'elle étoit fondée » en la coutume, qui défend d'en diſpoſer à ſon » préjudice ; & ainſi la diſpoſition de la loi doit » ſuſpendre celle de l'homme, juſqu'à ce que la » cauſe de l'exhérédation ſoit confirmée ; ce qui » doit pourtant dépendre de la prudence du juge «.

Nous examinerons au mot Legs, quels ſont les cas où les fruits, intérêts & autres acceſſoires des choſes léguées doivent entrer dans le payement des legs.

Une queſtion qui peut ſe préſenter fréquem-

ment, est de savoir dans quel ordre on doit colloquer les Légataires entre eux, lorsque les biens du testateur ne suffisent pas pour acquitter toutes ses dispositions.

D'abord il est constant que quand il y a un legs universel, on doit commencer par l'épuiser avant de rien retrancher sur les legs particuliers. La raison en est que ceux-ci sont à la charge de l'autre.

Quand le legs universel est épuisé, ou quand il n'y en a pas, tous les legs particuliers doivent souffrir un retranchement proportionné à leur valeur & au vide qui se trouve dans la succession. Il n'y a point de préférence à prétendre en cette matière sur le fondement qu'un legs seroit écrit avant un autre, *nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potiùs ex jure sumitur id quod agi videtur*, dit la loi 6, D. *de solutionibus*. Or, dit Basnage, en citant cette loi, » l'intention du testateur a été vraisemblablement que la condition » des Légataires fût égale «. Nous avons sous les yeux un arrêt de la cour souveraine de Mons du 12 août 1683, qui l'a ainsi jugé. C'est ce qui résulte pareillement de la loi 80, D. *de legatis* 1°. en voici les termes: *Is qui sola triginta reliquerat, Titio triginta legavit, Seïo viginti, Mœvio decem. Massurius Sabinus probat Titium quindecim, Seïum decem, Mœvium quinque consecuturos. Ita tamen ut ex his pro ratâ portionis falcidiæ satisfiat.*

On a quelquefois prétendu que les legs pieux devoient être préférés aux autres: on se fondoit sur ce qu'on les considère comme dettes, par rapport à la distraction de la falcidie. Cette opinion a même été adoptée par un arrêt du 24 mars 1620, rapporté dans les mémoires d'Auzanet, & elle est expressément confirmée par l'article 8 du chapitre

32 des chartes générales de Hainaut (*); mais elle n'est appuyée sur aucun texte du droit commun, & elle a été proscrite par un arrêt de la grand'chambre du parlement de Toulouse, rendu le 20 février 1679, rapporté par M. de Catelan. » On ne regarde, dit ce magistrat, le legs pieux » comme dette que pour le faire subsister entier » & sans diminution, pendant que l'héritier » prend sa quarte-falcidie sur les autres legs, non » pour lui donner sur ces autres nul droit de » créance, le legs pieux n'étant point du reste » regardé sur ce pied-là; de quoi l'on trouve une » preuve bien sensible, en ce qu'il ne diminue » pas les légitimes que diminuent toutes les dettes » passives de l'hérédité «.

Il y a cependant une espèce de legs que la jurisprudence préfère aux autres; c'est celui qui est fait par forme de restitution. Un procureur du châtelet de Paris avoit reçu une somme de 2000 livres au nom d'un de ses cliens, & ne s'étoit pas mis en peine de lui en tenir compte. Au lit de la mort, sa conscience se fit entendre; il légua à son client la somme qu'il lui devoit, & déclara qu'il le faisoit en vue de lui restituer ce qu'il lui avoit extorqué. Le testateur ne laissant pas assez de biens pour acquitter toutes ses dettes & ses legs, il fut question de savoir sur quel

(*) Cet article est ainsi conçu:

» Si en un testament y avoit tant de légats, que les » biens n'y puissent fournir, lesdits exécuteurs en pourront » faire remontrance à ladite cour, pour les retrancher au » marc la livre, selon qu'elle trouvera convenir, sans néan» moins toucher aux dispositions salutaires, tant qu'il y ait » biens pour y pouvoir fournir «.

pied feroit payé le client-Légataire. On convint unanimement qu'il ne pouvoit l'être comme créancier, attendu qu'il n'avoit point d'autre titre justificatif de sa dette que le testament; mais on douta s'il devoit être préféré aux autres Légataires, ou concourir avec eux au marc la livre. Le châtelet embrassa ce dernier parti; mais sur l'appel, il intervint, le 21 juin 1689, arrêt conforme aux conclusions de M. l'avocat-général Talon, qui infirma la sentence, & ordonna que l'appelant toucheroit, par préférence à ses colégataires, la somme de 2000 livres, dont étoit question, après que les véritables créanciers auroient été satisfaits. Cet arrêt est rapporté au journal des audiences.

Il faut remarquer que la concurrence au marc la livre n'a lieu que pour les legs de quantité, de genre, ou de corps certains, mais qui ne se trouvent pas dans le patrimoine du défunt. A l'égard des legs de corps certains appartenans au testateur, & de ceux qui sont faits avec assignat sur des héritages qui existent en nature & font partie de ses biens, ils doivent toujours être payés en entier, parce que ceux à qui ces choses sont laissées, en acquièrent la propriété de plein droit dès l'ouverture de l'hérédité. C'est ce qu'a jugé un arrêt du 15 mars 1632, rapporté par Bardet.

Lorsqu'après la délivrance le Légataire est troublé dans sa possession, peut-il agir en garantie contre celui que le testateur avoit chargé du payement de son legs? Il faut distinguer si l'éviction vient du chef des créanciers du testateur, ou si elle arrive par le défaut de propriété dans sa personne. Nous parlerons du premier cas dans le paragraphe suivant; à l'égard du second, il faut sous-distinguer si le legs est alternatif ou d'une chose

générique, ou s'il eſt d'un corps certain & déterminé.

Quand le legs eſt alternatif ou d'une choſe générique, l'éviction donne ouverture à une action en garantie. La loi 39, §. 3, D. *de legatis* 3°. le décide expreſſément ainſi : *Si heres tibi, ſervo generaliter legato, Stichum tradiderit, iſque à te evictus fuiſſet, poſſe te ex teſtamento agere labeo ſcribit, quia non videtur heres dediſſe quod ità dederat ut habere non poſſis, & hoc verum puto.*

Il n'en eſt pas régulièrement de même lorſque le legs eſt d'un corps certain & déterminé. *Evictis prædiis qui ſe dominum eſſe crediderit verbis fideicommiſſi filio relictis, nulla cum fratribus & coheredibus actio erit :* c'eſt ce que porte la loi 77, §. 2, D. *de legatis* 2°.; la raiſon en eſt que le teſtateur eſt préſumé n'avoir pas légué plus de droit qu'il n'en avoit lui-même à la choſe.

Cette préſomption n'a pas lieu dans le cas d'un legs fait à un proche parent du teſtateur, comme nous l'établiſſons au mot Legs, en parlant des legs de choſes appartenantes à autrui. Ainſi point de doute qu'en pareil cas l'héritier ne ſoit tenu de garantir le Légataire. Il eſt vrai que la loi dont nous venons de rapporter les termes en diſpoſe autrement ; mais, dit M. de Catelan, » la raiſon de cette déciſion ſingulière eſt, ſelon » la gloſe, *ne oriatur invidia apud fratres*. C'eſt » pour ne pas faire naître un nouveau ſujet de » jalouſie & de conteſtation entre des frères, que » l'éviction de ce préciput a ramenés à une plus » grande égalité, qu'on peut préſumer dans ce » cas n'avoir pas été bien éloignée de l'intention » du teſtateur «.

§. VII. *Quelles ſont les charges dont un Légataire eſt tenu ?*

Ces charges ſont de pluſieurs ſortes. Pour en parler avec ordre, nous nous occuperons d'abord de celles qui concernent les Légataires univerſels, & enſuite de celles des Légataires particuliers.

Charges des Légataires univerſels.

C'eſt une maxime conſtante dans notre juriſprudence qu'un Légataire univerſel eſt tenu des legs & des dettes du teſtateur ; mais comment s'y eſt-elle introduite, & de quelle manière doit-on l'entendre ? C'eſt ce que nous allons examiner.

Il fut un temps où nos praticiens regardoient les donataires & Légataires univerſels comme exempts de toute contribution aux charges héréditaires : ils ſe fondoient ſur deux principes trè - vrais, mais dont ils faiſoient une mauvaiſe application ; l'un que le titre d'héritier forme ſeul ce que le §. 2 *de teſtamentis ordinandis*, appelle *ſucceſſor juris ;* l'autre, qui n'eſt qu'une conſéquence du premier, que les actions paſſives des ſucceſſions ne peuvent ſe tranſmettre de plein droit, ſi ce n'eſt dans les perſonnes ſur la tête deſquelles repoſe ce titre. On ſent avec quelle facilité ces principes, conſidérés à part, durent entraîner dans l'erreur des perſonnes peu accoutumées à enviſager ſous un ſeul point de vue un certain nombre de vérités liées entre elles. Cette erreur jeta de ſi profondes racines, qu'elle ſurprit Dumoulin lui-même. L'article 90 de la coutume d'Amiens porte : *Quiconque appréhende à titre univerſel les biens meubles d'un défunt, il*

est tenu de toutes les dettes personnelles. Dumoulin écrivant sur ce texte, y mit une apostille conçue en ces termes : A TITRE UNIVERSEL, *scilicet successionis, secùs si jure legati omnium mobilium, quia est titulus particularis. l. cogi.* D. *ad Trebelianum* (*)

Une étude plus approfondie des loix Romaines fit évanouir ces fausses maximes, & en dégageant ces loix de ce qu'elles avoient de trop subtil, on parvint à former sur la matière dont il s'agit, une jurisprudence aussi équitable que sage.

Les législateurs Romains vouloient que le Légataire universel acquittât les dettes de la succession ; mais pour concilier cette obligation qu'ils lui imposoient avec le principe qu'un legs n'est point un titre héréditaire, c'est-à-dire, un moyen de transférer dans une personne tous les droits actifs & passifs d'un défunt, ils ne permettoient aux créanciers ni aux Légataires particuliers d'agir directement contre lui ; ils autorisoient seulement l'héritier à retrancher du legs universel tout ce qu'il falloit pour remplir les charges de l'hérédité, & même, à parler pro-

(*) Il ne faut pourtant pas croire que Dumoulin ait persisté dans cette opinion : son apostille sur l'article 316 de la coutume de Bourbonnois, prouve le contraire ; le texte porte : » Qui prend les meubles & conquêts d'aucun, » soit par contrat ou succession, est tenu de payer ses » dettes mobilières «. Voici la note de Dumoulin. PAR CONTRAT, *Ergò idem si legato, & intellige de universitate vel quotâ, vel ratâ quota & quatenùs sufficiunt. Amplia etiamsi donata sint vel legata omnia mobilia, vel dimidia, sine onere solvendi debita, quia nihilhominùs tenebitur totum vel dimidium solvere creditoribus, salvo sibi recursu contra heredes. Secùs in legato, vel dono rei, vel summæ particularis.*

prement, ils ne mettoient aucune différence entre le Légataire d'une certaine quotité des biens & celui d'un effet certain & déterminé ; mais comme *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*, ils vouloient que le premier ne pût rien prendre de la succession, à moins que les charges ne fussent déduites. Ecoutons la loi 43, D. *de usufructu legato : Nihil interest an bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur, & quod in actionibus erit, computabitur. At si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.* La loi 72, D. *de jure dotium*, peut servir de commentaire à ce texte; voici comme elle est conçue : *Mulier bona sua omnia in dotem dedit : quæro an maritus quasi heres omnibus creditoribus hereditariis respondere cogatur ? Paulus respondit, eum quidem qui tota ex promissione dotis mulieris retinuit, à creditoribus ejus conveniri non posse : sed non plus esse, in promissionibus bonorum, quàm quod superest deducto ære alieno.*

Cette pratique, quoique calquée sur les vrais principes, étoit sujette à bien des inconvéniens. Les dettes d'une succession ne sont pas toujours liquides ; il en est même qui ne paroissent que fort long-temps après la mort du testateur : comment donc déterminer au juste la déduction que l'héritier est en droit de faire pour les acquitter ? D'ailleurs pourquoi tant de circuits & de détours ? Puisque le Légataire universel doit indemniser l'héritier des poursuites des créanciers & des Légataires particuliers, pourquoi ne pas permettre à ceux-ci d'agir directement contre lui ? Cela ne seroit pas à la vérité conforme aux maxi-

mes des législateurs Romains ; mais nos mœurs sont plus simples ; nous permettons à un créancier d'agir sans cession contre un tiers chargé par la loi ou par une convention de rembourser le montant de sa créance à son débiteur direct : c'est ce qu'établissent Vinnius & Groeneweghen sur le titre *de inutilibus stipulationibus*, aux institutes, & c'est ce qu'ont jugé une foule d'arrêts, deux entre autres du parlement de Flandre des .... octobre 1674 & 13 juillet 1690, rapportés par M. Pollet.

D'après cela, on conçoit aisément que le Légataire universel a dû être regardé parmi nous comme soumis directement aux poursuites des créanciers & des Légataires particuliers.

» Le premier arrêt solemnel que nous ayons à » ce sujet, dit Ricard, est celui appelé des Boulards, du 14 mai 1562, donné par forme de » règlement, en ce que la cour ordonna qu'il » seroit lu & publié au châtelet, & qui fut de» puis prononcé en robes rouges le 14 novembre » ensuivant. Par cet arrêt, la cour condamna un » Légataire universel des meubles, acquêts & » conquêts immeubles, & du quint des propres, » de contribuer au payement des dettes au *pro-* » *rata* de l'émolument, avec l'héritier des quatre » quints des propres, encore que ce legs fût fait » expressément pour en jouir par le Légataire sans » aucune charge, excepté les charges foncières. Le » même fut ordonné par un arrêt donné deux ans » après, le 17 avril 1564«.

Ces deux arrêts ont servi de modèle à l'article 334 de la nouvelle coutume de Paris rédigée en 1580 ; cet article porte : *Et quand ils succèdent les uns aux meubles, acquêts & conquêts, les*

autres aux propres, ou qu'ils sont donataires ou Légataires universels, ils sont tenus eux contribuer au payement des dettes, chacun pour telle part & portion qu'ils en amendent.

La coutume de Douai est encore plus précise sur ce point; voici comme elle s'exprime, chap. 2, article 4 : *Un Légataire universel est submis & tenu aux charges, dettes & obligations de celui dont il est Légataire.*

On trouve la même disposition dans les coutumes de Lille, article 27; de Boullonnois, article 123; d'Amiens, article 130; de Péronne, article 198; de Beauquêne, article 30 de la première rédaction; de Tours, article 237; de Clermont, article 136; de Valois, article 173; d'Anjou, articles 237 & 321; du Maine, article 254; & on la suit aujourd'hui par-tout où il n'y a pas de statut contraire.

Mais un Légataire universel est-il tellement soumis aux dettes & aux legs particuliers du défunt, qu'il ne puisse pas obliger l'héritier d'y contribuer à concurrence de ce qu'il retire de la succession? Cette question ne peut, comme on le voit, se présenter que dans le cas où le legs universel n'absorbe pas tous les biens du testateur; car lorsqu'il ne reste à l'héritier qu'un vain nom, il est clair qu'il ne peut être tenu d'indemniser le Légataire. Supposons donc qu'un homme laisse en mourant une certaine quantité de biens indisponibles, ou même de biens libres dont il n'ait pas disposé, l'héritier qui les recueillera pourra-t-il obliger le Légataire de la totalité ou d'une partie des biens libres, d'acquitter toutes les charges héréditaires, ou devra-t-il contribuer lui-même au payement qu'il en faudra faire?

Le droit Romain renferme là-dessus des principes très-clairs & des décisions très-lumineuses. La loi 39, §. 1, D. *de verborum significatione*, établit que *bona non intelliguntur cujusque, nisi quæ deducto ære alieno supersunt.* Ainsi la totalité, la moitié, le quart, le sixième, enfin, une quotité quelconque des biens d'un testateur ne peut s'entendre que de ce qui reste après la déduction des dettes : conséquemment le Légataire de la moindre quotité doit aussi bien souffrir le retranchement de ce qu'il faut pour payer les créanciers & les Légataires particuliers, que s'il prenoit à titre de legs tout le patrimoine du défunt. Dans un cas comme dans l'autre, ce n'est qu'après l'acquittement des charges & sur le restant net des biens, qu'il peut prendre la libéralité dont il est gratifié. La loi 9, D. *de legatis* 1°. le fait entendre assez clairement : *Cùm autem pars bonorum ita legatur*, bonorum meorum quæ sunt cùm moriar, *dos & manumissorum pretia è medio deducenda sunt.* Ce texte ne dit pas que la déduction doit être faite au *prorata* de la quotité des biens légués, il parle indéfiniment, *dos & pretia manumissorum ;* il faut donc déduire toutes les charges avant que de déterminer la portion du Légataire universel. La loi 43, D. *de usufructu legato*, n'est pas moins formelle : *Nihil interest utrùm bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit, nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur.*

Le parlement de Flandres a rendu, le 29 janvier 1694, un arrêt conforme à ces décisions. Il s'agissoit de savoir si la femme d'Antoine Delmé, Légataire de *la tierce-partie des biens-meubles* de Jean Liénard, étoit tenue des dettes & legs parti-

culiers du testateur. Antoine Delmé soutenoit la négative, sous prétexte que sa femme n'étoit point héritière ; on lui opposoit la maxime *bona non intelliguntur, &c.* L'arrêt renvoie les parties devant les mayeur & échevins de Tournai, pour liquider le juste tiers des meubles, & » ordonne qu'en » ladite liquidation seront préalablement déduites » les dettes personnelles dudit Liénard, les legs » particuliers, les frais des funérailles, ceux de » l'inventaire, de la vente & du compte à en » rendre «.

Cette jurisprudence, qui doit être celle de tous les tribunaux soumis au droit Romain, lorsqu'ils trouvent les coutumes & les ordonnances muettes, est presque généralement abrogée dans les pays qui n'admettent le droit Romain que comme raison écrite. La coutume de Paris déclare formellement, article 334, que les Légataires universels ne *sont tenus eux contribuer au payement des dettes*, que *pour telle part & portion qu'ils amendent.* L'article 173 de la coutume de Valois en dispose de même : *Et si ledit testateur donne ou lègue portion de ses biens par forme de quote, comme moitié, tiers ou quart, tel acceptant ledit legs sera tenu payer lesdites dettes, obsèques & funérailles, pour raison de ladite quote.* Les coutumes d'Anjou & du Maine portent également aux endroits cités plus haut : *Qui prend & accepte universellement, à quelque titre que ce soit, les meubles du décédé, est tenu payer & acquitter ses dettes ; & qui en prend portion par manière de quotité, est tenu* PRO *QUOTA.*

Ces dispositions ne sont fondées que sur une mauvaise interprétation de la maxime, *æs alienum totum patrimonium imminuere constat, non*

certi loci facultates (*) : elles ne laiſſent pas néanmoins de former le droit commun de la France coutumière.

Ricard prétend même que l'on doit s'y conformer dans les pays de droit écrit, & il cite à ce ſujet deux arrêts des 17 juin 1559 & 14 décembre 1594, dont l'un eſt émané du parlement de Paris au rôle de Lyon, l'autre du parlement de Toulouſe, & qui tous deux ont jugé que le donataire par contrat de mariage d'un tiers des biens préſens & à venir, devoit payer le tiers des dettes du donateur. Mais ces déciſions particulières ne peuvent avoir introduit dans les pays de droit écrit une juriſprudence contraire aux principes des loix Romaines, parce qu'elles n'ont pas été rendues ſur la queſtion de ſavoir ſi un donataire de quotité doit ſouffrir la déduction de la totalité ou ſeulement d'une partie des dettes avant de pouvoir prendre la portion qui lui a été donnée, mais ſur celle de ſavoir s'il n'eſt pas exempt de toutes dettes. Les héritiers ne demandoient rien autre choſe que la contribution pour un tiers; on ne pouvoit donc pas condamner les donataires à contribuer pour le tout; ç'auroit été juger *ultrà petita*.

Il faut convenir cependant que le ſyſtême adopté par notre droit coutumier ſeroit plus juridique

---

(*) Cette maxime établie par la loi 50, parag. 1, D. *de judiciis*, prouve bien que les dettes perſonnelles ſe répandent ſur tous les biens, ſans en affecter aucun en particulier; mais il n'en eſt pas moins vrai qu'avant de pouvoir déterminer & fixer une quote quelconque des biens d'un homme, il faut en déduire toutes les dettes. Les textes cités ci-deſſus ſont trop précis là-deſſus pour qu'il ſoit permis d'en douter.

dans le cas où la quotité comprise dans le legs universel ne seroit pas de tous les biens, mais seulement d'une certaine espèce, soit des meubles, soit des acquêts, soit des propres. Ainsi en supposant la coutume de Paris muette sur cet objet, il faudroit dire que le Légataire universel du quint des propres ne devroit pas payer toutes les dettes, mais seulement celles qui seroient régalées sur la totalité des propres. La raison en est évidente : toutes les espèces de biens étant soumises aux dettes dans cette coutume, on ne peut pas dire que le quint des propres ne s'entend que de ce qui reste après la déduction de toutes les charges héréditaires, mais de ce qui reste après la déduction de celles qui tombent sur les propres. C'est le vrai cas de la règle de droit, *æs alienum imminuit totum patrimonium, non certi loci facultates* : combinée avec la maxime, *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*, elle amène naturellement la résolution que nous venons d'établir.

Par la raison contraire, dans les coutumes qui ne chargent qu'une certaine espèce de biens de toutes les dettes, non seulement le Légataire universel de tous les biens de cette espèce, mais encore celui d'une quotité de ces mêmes biens, devroit tout acquitter, si l'on se conformoit aux principes du droit Romain. C'est pourquoi l'arrêt du parlement de Flandres du 29 janvier 1694 a condamné le Légataire d'un tiers des meubles à souffrir le retranchement de toutes les dettes, legs particuliers, frais d'inventaires, &c. parce que, dans la coutume de Tournai pour laquelle il a été rendu, c'est toujours sur le mobilier d'une succession que se payent les dettes.

Mais, comme nous l'avons déjà dit, cette doctrine n'eſt pas reçue même dans les coutumes de l'intérieur du royaume qui font retomber ſur une certaine eſpèce de biens le poids de toutes les charges héréditaires : à la vérité on y oblige le Légataire de la totalité de ces biens à acquitter toutes les charges ; mais lorſque le legs n'eſt que d'une quotité, on fait contribuer ceux qui prennent le reſte à titre ſucceſſif. Ecoutons le nouveau commentaire de la coutume de Boullonnois. Après avoir développé les principes de cette loi municipale, concernant l'obligation qu'elle impoſe à l'héritier des meubles & acquêts de payer toutes les dettes à la décharge de l'héritier des propres, voici comme il s'explique : » Si le legs univerſel » eſt de la totalité des biens dont le défunt pou- » voit diſpoſer, le Légataire doit ſeul tous les » legs particuliers, ainſi que toutes les dettes . . . » Si le legs univerſel n'eſt que de la moitié, » du quart ou autre portion des biens diſponibles, » en ce cas le Légataire univerſel contribuera avec » les héritiers mobiliers, chacun au *prorata* de » ſon émolument dans la ſucceſſion, tant aux » dettes qu'aux legs, & l'héritier des propres » ne ſera tenu de pareille contribution qu'autant » qu'il ſera en même temps héritier mobilier, » ou qu'il jouira de quelque portion diſponible » des propres & dans la même proportion «.

Quoique cet auteur avance comme une maxime inconteſtable, qu'en Boullonnois le Légataire univerſel *de la totalité des biens dont le défunt pouvoit diſpoſer, doit ſeul . . . toutes les dettes*, on n'a pas laiſſé que de révoquer cette propoſition en doute, & elle a fait la matière d'un grand procès jugé en la quatrième chambre des enquêtes,

par arrêt du 6 août 1743. Il s'agissoit d'un legs de tous les biens dont un testateur avoit pu disposer dans les coutumes de Boullonnois & de Montreuil. Le premier juge avoit ordonné que l'héritier des quatre quints des propres contribueroit aux dettes avec le Légataire des meubles, acquêts, quint des propres & jouissance de trois années des quatre autres quints, après néanmoins que le mobilier seroit épuisé.

Sur l'appel interjeté par l'héritier, le Légataire disoit : la contribution aux dettes établie par la sentence est conforme aux principes généraux. Selon le droit commun, les dettes affectent toute l'hérédité; tous ceux qui la partagent en sont tenus à proportion de l'émolument; elle n'est point contraire aux coutumes qui régissent les biens & les personnes dont il s'agit. La coutume d'Amiens dont celle de Montreuil est locale, & dans laquelle le testateur étoit domicilié, ne porte point que le Légataire universel des meubles est tenu de toutes les dettes : elle veut bien, article 30, que l'héritier des meubles acquitte toutes les dettes personnelles, mais elle ne soumet point le Légataire à cette charge : Dumoulin le décide ainsi sur le même article. D'ailleurs en supposant même qu'un Légataire universel des meubles fût sujet aux mêmes obligations que s'il les prenoit à titre d'héritier, on ne pourroit pas encore juger autrement que la sentence, puisqu'elle n'ordonne la contribution qu'après que le mobilier sera épuisé par les dettes. S'il étoit question ici d'un héritier des meubles, seroit-il tenu des dettes au delà de la valeur de ces biens ? Non, certainement : il faudroit donc que celui des propres portât l'excédent de ces dettes, & c'est précisément ce

que

que la sentence a prononcé. Tel est l'esprit de toutes les coutumes de cette espèce; c'est même la lettre de la coutume de Nivernois, chapitre 34, article 4, puisqu'en chargeant l'ascendant à qui elle défère la succession des meubles, de payer les dettes & frais funéraires, elle ajoute, *tant que lesdits biens se pourront étendre* (*). On doit suppléer cette limitation dans toutes les coutumes semblables: c'est ce que pense M. le Prêtre, centurie 1, chapitre 6, où il dit précisément, que lorsque l'héritier des meubles prouve qu'ils ne sont pas suffisans pour acquitter les dettes, il n'est plus tenu du surplus qu'à proportion de ce qu'il amende dans les immeubles, & il y a d'autant moins de difficulté d'appliquer cette doctrine à la coutume d'Amiens, qu'elle paroît l'adopter expressément en déclarant, article 130, que le baillistre ou gardien qui paye les *dettes personnelles du prédécesseur de son mineur, a son recours contre ceux qui avoient appréhendé les meubles dudit défunt pour autant & si avant que lesdits meubles pourroient monter.* Il y a encore un article bien plus précis dans la même coutume, c'est le 159; il porte que tous les héritiers doivent contribuer aux dettes. Qu'on ne dise pas qu'il est contraire à l'article 90; celui-ci charge l'héritier mobilier du payement des dettes, si les meubles suffisent, & s'ils ne suffisent pas, l'article 159 y pourvoit, & ordonne que tous les héritiers contribueront.

(*) L'article 71 de la coutume de Mante porte également, que » celui qui prend les meubles à quelque titre que ce » soit, paye les dettes personnelles & mobilières, jusques » à la concurrence desdits meubles «. Voyez aussi la coutume de Bourges, titre 19, article 32.

C'est ainsi que l'on peut concilier ces deux articles ; & par conséquent les quatre quints des propres doivent contribuer. En un mot, les coutumes d'Amiens, de Montreuil & du Boullonnois, ne s'écartent du droit commun que pour charger d'abord des dettes l'héritier ou Légataire universel des meubles, & comme les deux dernières ne décident rien dans le cas de l'insuffisance, sur la question de savoir si les immeubles doivent contribuer, il est nécessaire d'y suppléer par les principes du droit commun.

De son côté, l'héritier répondoit, ou pouvoit répondre : les coutumes doivent régler la personne & les biens de ceux qui y sont soumis : celles du domicile réglent les droits personnels & le mobilier ; celles de la situation des immeubles fixent l'étendue des dispositions que l'on en peut faire. La coutume d'Amiens étoit celle du testateur : celles de Montreuil & de Boulogne régloient ses propres. La première permet de disposer de tous les meubles & acquêts ; les deux autres vont plus loin, elles autorisent le legs du quint des propres & de trois années du revenu des quatre autres quints. La sentence dont est appel donne ces différens droits au Légataire, & à cet égard elle juge très-bien ; mais elle juge très-mal en établissant la contribution aux dettes entre l'héritier des quatre quints, & le Légataire du mobilier, des acquêts & du quint des propres. Le premier juge n'étoit autorisé dans cette disposition par aucune des coutumes auxquelles il devoit se conformer ; l'article 90 de celle d'Amiens charge indistinctement du payement des dettes tous ceux qui recueillent le mobilier ; ce texte dit, *quiconque*, terme trop général pour ne pas

comprendre le Légataire univerſel. A l'égard des coutumes de Montreuil & de Boullonnois qui régiſſent les immeubles, elles veulent très-formellement que l'héritier réduit aux quatre quints des propres, les ait francs & quittes de toutes dettes, autres que celles inhérentes aux fonds ; & conſéquemment elles chargent le Légataire univerſel du payement de toutes les dettes perſonnelles. C'eſt la diſpoſition de l'article 122 de la coutume du Boullonnois, conçu en ces termes : *Quiconque appréhende les biens ou héritages d'aucun trépaſſé, il ſe ſoumet à payer & acquitter les dettes & obligations perſonnelles & autres dudit trépaſſé, ſauf à l'héritier ou Légataire univerſel immobiliaire ayant appréhendé les immeubles, d'avoir ſon recours de garant contre l'héritier ou Légataire univerſel deſdits meubles qui eſt ſoumis d'acquitter & payer ledit héritier immobiliaire d'icelles dettes & obligations perſonnelles.* On voit par ce texte que le Légataire univerſel des immeubles diſponibles eſt tenu de toutes les dettes : il eſt vrai que la coutume lui accorde un recours ; mais, 1°. dans l'eſpèce dont il s'agit, le legs des immeubles & celui du mobilier ſe trouvent confondus dans la même perſonne : 2°. le recours que la coutume accorde au Légataire univerſel des immeubles ne peut point être dirigé contre l'héritier des quatre quints des propres, il ne peut avoir lieu que contre le Légataire univerſel des meubles ; preuve ſenſible & ſans réplique que l'héritier des quatre quints eſt affranchi de toute contribution. Auſſi trouvons-nous dans le commentaire manuſcrit de Regnard ſur cette coutume, pluſieurs arrêts par leſquels il a été jugé que l'héritier des quatre quints n'eſt

tenu vis-à-vis des héritiers & Légataires universels des meubles & immeubles disponibles, non seulement d'aucune dette personnelle, mais même d'aucune de celles nanties ou hypothéquées sur les propres. La coutume de Montreuil n'est pas moins expresse ; voici ce qu'elle porte, article 17 : *Si aucun va de vie à trépas, & est soumis & obligé en plusieurs dettes & obligations, & il délaisse deux héritiers, & à savoir, l'un qui ait appréhendé ses meubles, dettes, catteux & acquêts, & l'autre qui ait appréhendé les héritages venus & succédés au trépassé de la succession de ses prédécesseurs, les créditeurs d'icelui trépassé & ceux auxquels les promesses ont été faites, peuvent poursuivre & demander leurs dettes & promesses à l'héritier desdits héritages, aussi bien qu'à celui qui a appréhendé lesdits meubles, catteux, dettes & acquêts, lequel héritier desdits héritages est soumis & tenu payer lesdites dettes, promesses & obligations : mais il a son action contre celui qui a appréhendé les biens-meubles, dettes, catteux & acquêts, lequel se doit purger & acquitter de toutes les dettes personnelles.* Voilà bien l'héritier des propres pleinement exempté de la contribution aux dettes, & l'héritier ou Légataire universel des immeubles disponibles obligé de l'en décharger ; on ne peut rien de plus clair. C'est en vain que le Légataire oppose l'article 130 de la coutume d'Amiens : 1°. le testateur n'a point laissé d'immeubles dans cette coutume : tous ceux qu'il avoit à sa mort sont régis par Montreuil & Boullonnois, & comme ces deux loix chargent le Légataire universel des héritages disponibles, du payement de toutes les dettes, il est inutile de s'arrêter à une loi étrangère, quelle

qu'en ſoit la diſpoſition : 2°. l'article 130 de la coutume d'Amiens ne décide pas que l'héritier des meubles & des immeubles libres peut forcer celui des propres à contribuer, après que le mobilier eſt épuiſé : il ne faut pour s'en convaincre que lire cet article d'un ſeul contexte : il eſt vrai qu'en donnant au gardien ou bailliſtre une action en recours contre celui qui a appréhendé les meubles, il déclare que ce n'eſt que *pour autant & ſi avant que leſdits meubles pourroient monter;* mais auſſi il ajoute cette reſtriction, *au cas toutefois que leſdits meubles viennent au profit dudit mineur; mais s'il y avoit Légataire univerſel autre que ledit mineur, il eſt tenu d'acquitter ledit bailliſtre de* TOUTES *les dettes perſonnelles dudit défunt prédéceſſeur dudit mineur.* Ces paroles ne ſont pas obſcures ; voici comme Deheu les explique : » parce que quiconque appréhende à titre uni- » verſel les meubles, eſt tenu des dettes ; ſi quel- » qu'autre que le mineur en eſt héritier ou inſ- » titué Légataire univerſel, le bailliſtre peut avoir » ſon recours contre lui pour leſdites dettes per- » ſonnelles, deſquelles il le doit acquitter ; mais » ſi leſdits meubles ſont appréhendés pour & au » nom du mineur & à ſon profit, par un tuteur » ou curateur, en ce cas ledit bailliſtre n'a recours » que juſques à la concurrence de la valeur deſ- » dits meubles, & rien plus, comme il peut avoir » pour le tout contre un autre, encore que leſdits » meubles ne ſoient ſuffiſans pour le payement & » acquit deſdites dettes «.

Sur ces raiſons dont la plupart omiſes par les défenſeurs de l'héritier, ont ſans doute été ſuppléées par les juges, arrêt eſt intervenu, qui a infirmé la ſentence de Montreuil, & jugé, dit M. l'Epine

de Grainville, » que le Légataire universel, » comme l'héritier mobilier, étoit tenu indéfiniment du payement des dettes personnelles, & » qu'il n'y avoit pas lieu à la contribution entre » lui & l'héritier des quatre quints des propres, » quand même le mobilier ne seroit pas suffi- » sant «.

La coutume d'Anjou nous fournit une autre question sur la contribution entre les Légataires universels des meubles & les héritiers. On a déjà vu qu'elle oblige les premiers de payer les dettes du testateur en totalité, s'ils prennent tout le mobilier, & *pro quotâ*, s'ils n'en recueillent qu'une portion. Il faut remarquer que dans cette coutume le testateur qui n'a ni propres, ni acquêts, ne peut disposer que de la moitié de ses meubles. En conséquence on a demandé si l'héritier qui succède à la moitié des meubles par le défaut de propres & d'acquêts, doit contribuer au payement des dettes, suivant la lettre de la loi, ou si elles doivent être entièrement supportées par les Légataires universels. » Jugé, dit Ricard, » par arrêt délibéré le samedi 9 juin 1663, en » la cinquième des enquêtes, au rapport de M. » le Maître, que les dettes se devroient payer » à proportion entre l'héritier & le donataire, en » confirmant la sentence du juge des lieux «.

La coutume de Normandie porte, article 418 : *Le testateur ayant enfans vivans ou descendans d'eux, habiles à lui succéder lors de son décès, ne peut disposer de ses meubles par testament en plus avant que d'un tiers, sur lequel tiers sont portés les frais funéraux & legs testamentaires.* » On pourroit induire de là, dit Basnage, qu'il » ne seroit point tenu de contribuer aux dettes

» mobilières du testateur, puisque la coutume » ne l'y oblige point, & qu'au contraire il est » vraisemblable qu'elle a voulu le décharger de » cette contribution, pour le récompenser en » quelque sorte de ce qu'elle l'avoit chargé du » payement entier des frais des funérailles & des » legs testamentaires ; il est certain néanmoins » qu'il doit contribuer d'un tiers au payement » des dettes mobilières, le testateur n'ayant pu » donner que ce qui pouvoit rester après ses » dettes acquittées ; autrement il donneroit non » seulement plus que le tiers, mais il arriveroit » souvent que ce tiers emporteroit tous les meu- » bles : or le tiers ni tous les autres legs ne » peuvent être demandés qu'après le payement » des dettes, *bona enim non sunt nisi deducto ære* » *alieno* « (*).

Ce que dit Basnage du Légataire du tiers des meubles lorsque le testateur a des enfans, il faut pareillement le dire du Légataire de tous les meubles, lorsque le testateur ne laisse que des héritiers collatéraux : & en effet on trouve dans Béraut sur l'article 443 de la même coutume, un

(*) On peut ajouter que la coutume annonce assez que tel est son esprit, en soumettant le Légataire du tiers des meubles au payement de tous les frais funéraires ; car ces frais forment des dettes qui ne diffèrent en rien de celles qui ont été contractées par le défunt lui-même : *Qui propter funus aliquid impendit cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*, dit la loi 1, D. *de religiosis & sumptibus funerum*. Aussi voyons-nous dans la loi dernière, parag. 9, C. *de jure deliberandi*, & dans le parag. dernier, I. *de lege falcidiâ*, qu'en cas d'insuffisance des biens d'un testateur pour acquitter en entier les dettes & les legs, les frais funéraires sont colloqués comme dettes, & non comme legs.

arrêt du parlement de Rouen, qui juge qu'un tel legs oblige au payement de toutes les dettes mobilières.

La plupart des coutumes de la Flandre Flamande limitent la faculté de tester, au tiers des biens, meubles & immeubles, soit que le testateur ait des enfans ou non; mais elles ne se conforment pas à la coutume de Normandie par rapport à la contribution du Légataire universel aux charges de l'hérédité; elles veulent à la vérité qu'il paye tous les legs particuliers, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Flandre de 1720, rapporté par Deghewiet, mais elles ne l'obligent de contribuer aux frais funéraires & aux dettes que jusqu'à concurrence d'un tiers. Voici comme s'explique là-dessus la coutume de Gand, rubrique 28, article 5: *Celui qui est donataire du tiers doit payer toutes les autres donations faites par testament ou après la mort, sans charge ou frais des héritiers; & aussi le tiers des funérailles, comme aussi le tiers des dettes de la maison mortuaire.* La raison de cette différence entre les legs particuliers & les dettes, est que la prohibition de tester au delà du tiers emporte celle de disposer à titre particulier comme à titre universel, au lieu qu'elle ne met aucun obstacle à la faculté de contracter des dettes proprement dites.

Cette différence se remarque aussi dans le droit commun des pays coutumiers. On a vu plus haut que l'article 334 de la coutume de Paris n'oblige le Légataire universel des meubles, acquêts & quint des propres, que de contribuer au payement des dettes avec l'héritier des quatre quints indisponibles. Il en est tout autrement à l'égard

des legs particuliers : l'obligation de les payer concerne uniquement le Légataire universel, parce qu'autrement les dispositions testamentaires diminueroient les quatre quints, ce qui est strictement défendu par la coutume.

En seroit-il de même si le legs universel ne comprenoit pas tous les biens disponibles, & que par ce moyen l'héritier des propres ne fût pas borné à ses quatre quints ? Non, il est certain, au contraire, qu'en pareil cas celui-ci seroit obligé de contribuer au payement des legs particuliers.

Mais à quelle proportion faudroit-il qu'il contribuât ? Seroit-ce jusqu'à concurrence de son émolument dans tous les biens, ou seulement au *pro-rata* de la quotité dont le testateur n'auroit pas voulu disposer ? Ce dernier parti semble au premier abord le plus juridique. Les meubles, les acquêts & le quint des propres sont destinés par la coutume au payement des legs ; l'héritier ne doit donc contribuer qu'à proportion de ce qu'il prend dans ces sortes de biens ; ce qui est si vrai, que s'il n'y prenoit rien, le Légataire universel payeroit tout.

D'un autre côté, n'est-il pas plus juste de dire que l'affectation des meubles, acquêts & quint des propres, au payement des legs particuliers, n'a été établie que pour le cas où les héritiers se contentent de leurs quatre quints ? En effet, qu'est-ce que l'indisponibilité testamentaire de cette portion des propres? Rien autre chose que la faculté accordée à l'héritier légal de s'y tenir, pour se soustraire aux charges que le testateur lui a imposées. Or peut-il se prévaloir de cette faculté lorsqu'il n'en use pas? Peut-il s'exempter de contribuer à proportion de son émolument dans les biens,

ſous prétexte qu'il ſe borneroit, s'il le vouloit, aux quatre quints des propres, tandis que loin de s'y borner, il a au contraire intérêt d'accepter tous les biens libres dont le défunt n'a pas diſpoſé ? Il n'y a donc pas de différence à mettre dans ce cas entre la contribution aux dettes & la contribution aux legs. Tel eſt l'avis de le Brun, Bourjon l'adopte, & nous ne croyons pas que l'on puiſſe y oppoſer rien de ſolide.

Il y a même certains legs au payement deſquels le Légataire univerſel ne doit aucunement contribuer dans le cas dont nous parlons ; ce ſont ceux de corps certains qui tombent dans la portion que le teſtateur a laiſſée intacte.

Lorſque l'héritier ſe tient aux quatre quints, le Légataire univerſel ne contribue pas ſeulement aux dettes à proportion de l'émolument qu'il tire de ſon legs, il y contribue encore à proportion des legs particuliers qui ſont à ſa charge. C'eſt ce qui a été jugé par pluſieurs arrêts, dont le fondement, dit le Brun, » eſt qu'une diſpoſition » ne peut entamer les quatre quints des propres ; » ce qui arriveroit, ſi y ayant des legs univerſels » & particuliers, les ſeuls legs univerſels contri» buoient ; & comme les Légataires particuliers » n'ont pas un titre qui les oblige aux dettes, » il faut que les Légataires univerſels y contri» buent en leur lieu & place «. Mais lorſque l'héritier ne ſe borne pas aux biens indiſponibles, le Légataire univerſel ne contribue aux dettes que juſqu'à concurrence de l'émolument réel que lui procure la diſpoſition du défunt, parce qu'alors l'héritier ne peut plus ſe prévaloir de l'indiſponibilité des quatre quints, comme on vient de le démontrer.

Toutes les espèces de dettes sont-elles à la charge du Légataire universel, soit pour les payer totalement, comme dans quelques coutumes, soit pour y contribuer ? Non, son assujettissement aux dettes admet quelques exceptions. D'abord il est constant qu'il ne doit point indemniser l'héritier des dettes réelles & foncières dont sont tenus les biens appréhendés par celui-ci à titre successif, parce que ces sortes de charges suivent toujours les fonds sur lesquels elles sont affectées.

2°. Il a été jugé par arrêt du 2 juillet 1717, rapporté au journal des audiences, qu'une mère ayant fait son fils aîné Légataire universel, à la charge de payer les dettes du père & les siennes, les autres enfans de la testatrice ne pouvoient pas lui demander, comme dette du père, le douaire à eux dû sur les biens de celui-ci. » C'est, a-t-on » dit, une dette de la succession du père, & non » pas une dette de sa personne. Il faut remarquer, » ajoute le rédacteur, que ces puînés avoient eu » des avantages; ainsi ils n'étoient pas favorables » à demander le douaire comme une dette du » père «.

3°. Il y a un grand nombre de coutumes qui ne chargent le Légataire universel des meubles que des dettes *mobilières* ou *personnelles*, termes parfaitement synonymes dans le langage de nos anciens praticiens, comme l'atteste Coquille en ses institutions au droit François, titre *de la communauté*. Ces coutumes sont celles d'Amiens, article 90; de Bourbonnois, article 316; de Mante, article 71; de Tours, article 237, &c. Mais comment distingue-t-on une dette mobilière d'avec une dette immobilière ? On peut voir les règles qu'a établies

là-dessus M. Dareau, à l'article Biens, tome 6, page 15. Nous ajouterons ici quelques décisions intervenues sur le même sujet dans la coutume de Normandie, qui, semblable à celles que nous venons de citer, ne charge le Légataire universel des meubles que des dettes mobilières.

Lorsque l'acquéreur d'un fonds n'en a point entièrement acquitté le prix, la somme qui reste à payer est-elle à la charge du Légataire universel des meubles, ou de l'héritier à qui est échu le fonds acheté ? On peut dire pour le premier, que l'obligation a été contractée pour un immeuble, qu'ainsi elle doit suivre sa cause & son objet; que l'acquisition faite par le défunt n'augmente point la masse du mobilier, mais bien celle des immeubles; que la chose achetée n'est censée appartenir à l'acheteur qu'après qu'il en a payé le prix; qu'enfin il est de règle que celui qui recueille le profit, supporte la charge. Mais ces raisons n'ont rien de solide; c'est uniquement par la nature de l'obligation, que la question doit être décidée : or, l'obligation est incontestablement mobilière, puisque le vendeur ne pouvoit demander au défunt que des deniers, & que s'il avoit vécu davantage, il l'auroit payé de ses meubles, ce qui auroit nécessairement diminué le legs universel. La chose a été ainsi jugée par deux arrêts du parlement de Rouen des 23 décembre 1620 & 8 mai 1626, rapportés par Basnage.

La question de savoir si les dommages-intérêts d'une éviction, dus par le vendeur, doivent être payés par l'héritier des immeubles ou par le Légataire universel des meubles, a été jugée contre celui-ci par arrêt du 17 mars 1654, rapporté par le même auteur.

Le roi ayant imposé de nouvelles taxes sur les offices de l'élection d'Evreux, la veuve & Légataire universelle des meubles du sieur Gillard, pourvu d'un de ces offices, paya différentes sommes en déduction de ce à quoi son mari avoit été taxé; mais bientôt elle en fit la répétition contre l'héritier des immeubles. Elle disoit que ces taxes avoient été payées pour l'acquisition de droits réels annexés à l'office, & dont l'héritier des immeubles profitoit seul. Celui-ci répondoit, que les taxes en question étoient des dettes du défunt purement mobilières; qu'il ne falloit point considérer la cause pour laquelle la chose étoit due, pour juger de la nature de la dette, mais seulement faire attention à la fin & à l'objet de l'action; que le roi ne demandoit que de l'argent, & que l'attribution des droits qui étoient le prix de cet argent ne changeoit pas la nature de la dette. Par arrêt du 2 décembre 1655, le parlement de Rouen a débouté la veuve Légataire, & l'a condamnée à rendre à l'héritier ce qu'il avoit payé de son côté.

Trois arrêts émanés de la même cour les 12 décembre 1594, 7 mars 1634 & 7 mai 1644, ont décidé que les Légataires universels des meubles sont chargés du remploi des propres aliénés par le testateur. » Ils sont, dit Basnage, » considérés comme héritiers, *sunt heredis loco*, » ainsi sujets & obligés aux mêmes conditions » que les héritiers; & on peut dire.... que la » disposition des propres étant interdite par tes- » tament, on ne peut leur donner que ce qui » excède la valeur du remploi des propres, ce » qui les empêche de rien prétendre que ce remploi » ne soit fait «. Cependant, comme l'observe le

même auteur, il est de maxime en Normandie que le Légataire universel des meubles n'est obligé au remploi qu'au défaut de l'héritier des acquêts.

Les mots *aliénation de propres* s'entendent aussi en cette matière d'un simple engagement. » Ce » seroit inutilement, dit encore Basnage, que » l'aliénation ne seroit prohibée qu'à charge de » remploi, si d'ailleurs on pouvoit hypothéquer ses » propres sans en avoir récompense sur les meubles, » *quia per hypothecam facilè pervenitur ad alie-* » *nationem* «. Le parlement de Rouen ne l'a cependant pas toujours jugé ainsi. Il y a un arrêt de cette cour du 13 août 1645, qui décharge un Légataire universel des meubles de la demande formée contre lui par l'héritier des propres pour le rachat des rentes constituées par le défunt. » Mais (c'est toujours Basnage qui parle) cet » arrêt n'a point été suivi, étant contraire aux » anciennes maximes. Par un arrêt du 8 juillet » 1659, il fut jugé en faveur de l'héritier aux » propres, que le Légataire universel aux meubles » devoit se charger des rentes constituées, vû » qu'il n'y avoit point d'acquêts, & qu'apparem- » ment les meubles avoient été augmentés des » deniers provenans de la constitution de ces rentes. » Autre arrêt du 20 août 1646. . . autre du 27 » mars 1655 «.

Le Légataire universel n'est cependant pas obligé au remploi d'une rente foncière assignée sur un propre, quoiqu'il y ait clause d'hypothèque générale sur tous les biens : c'est ce qui résulte d'un arrêt du 5 avril 1639, rapporté par Basnage ; & c'est ce qui a été jugé *in terminis* par un autre du 6 avril 1753, remarqué par l'annotateur de cet auteur.

Mais le remploi de la rente dotale doit être ſupporté par la veuve Légataire univerſelle des meubles, quoique le mari ait conſigné réellement la dot. Le parlement de Rouen l'a ainſi décidé par deux arrêts des 23 mai 1662 & 11 mars 1677.

Sur la queſtion de ſavoir ſi c'eſt au Légataire univerſel ou à l'héritier des réſerves coutumières à payer les frais du deuil des héritiers & des domeſtiques du défunt, voyez ce qu'on a dit à l'article Deuil, tome 18, page 498.

Une obſervation importante ſur les charges des Légataires univerſels, eſt que ceux-ci n'en ſont point tenus indéfiniment comme les héritiers, mais ſeulement juſqu'à concurrence de ce qu'ils tirent de la ſucceſſion. Quelques auteurs en donnent une raiſon bien peu ſatisfaiſante; c'eſt, diſent-ils, parce qu'il ſeroit contre la nature d'un bienfait d'être onéreux à celui qui en eſt gratifié. L'inſtitution d'héritier, lorſqu'elle eſt faite en faveur d'un étranger, n'eſt-elle pas auſſi une libéralité? Cependant elle forme contre le majeur qui l'accepte purement & ſimplement, un titre indélébile d'aſſujettiſſement à toutes les dettes du teſtateur. Pourquoi donc cette différence entre un héritier inſtitué & un Légataire univerſel? A cette queſtion les auteurs dont il s'agit demeurent ſans réponſe. Nous rencontrerons mieux en remontant aux principes de la matière. Pourquoi un héritier eſt-il tenu indéfiniment des dettes du défunt? C'eſt parce que les obligations contractées par celui-ci paſſent directement dans la perſonne de celui-là, parce que l'un repréſente abſolument l'autre, parce que tous deux ne forment, pour ainſi dire, qu'un ſeul & même individu; en un mot,

parce que l'assujettissement du défunt à ses propres dettes étoit indéfini, & qu'en passant sur la tête de l'héritier, il ne doit rien perdre de son étendue. Le Légataire universel au contraire ne représente point la personne du testateur; ce n'est qu'un simple successeur de ses biens, & il n'est sujet au payement de ses dettes qu'à raison des choses qu'il en a reçues : les créanciers n'avoient même dans le droit Romain aucune action contre lui; nos ancêtres, plus indulgens & moins subtiles, leur en ont à la vérité donné une, mais elle n'est pas proprement personnelle, elle est *in rem scripta*, » ou plutôt, comme dit Ricard, *ob rem*, » d'où il s'ensuit, qu'il ne peut être tenu des » dettes que jusques à concurrence de ce qu'il » profite des biens du défunt, & que si-tôt qu'il » en est évincé ou qu'il les a abandonnés volon- » tairement, l'action que les créanciers avoient » contre lui cesse absolument «. D'ailleurs cette action n'a été introduite que pour éviter les circuits & les embarras de la déduction que les héritiers devoient faire eux-mêmes des dettes du défunt avant de déterminer le montant des legs de quotité : on doit même regarder l'une comme subrogée à l'autre : or, il est évident que quand les Légataires universels ne payoient les dettes que par forme de déduction, ils n'en pouvoient être tenus au delà de l'émolument, puisque quand le passif excédoit l'actif, ils ne recevoient rien de l'héritier. Il faut donc, par une conséquence nécessaire de la règle, *subrogatum sapit naturam subrogati*, que l'action dont il s'agit soit pareillement bornée au profit réel que le Légataire tire de la libéralité du testateur.

La jurisprudence des arrêts vient à l'appui de ces

ces raisons. Un arrêt du 5 mai 1602, rapporté par Mornac sur la loi 1, C. *de inofficioso testamento*, a jugé qu'un Légataire universel n'a pas besoin de lettres de bénéfice d'inventaire pour borner à son émolument l'obligation dans laquelle il est d'acquitter les charges héréditaires.

» Par arrêt du 15 janvier 1603, dit Brillon, » fut jugé que *in directâ* on ne peut être Légataire par bénéfice d'inventaire. Cela avoit été » jugé plusieurs fois *in collaterali*. Arrêt de Flexelles » du 5 mars 1601 «.

Le journal des audiences nous en fournit un autre plus précis encore : il a été rendu le 28 mai 1626, sur les conclusions de M. l'avocat-général Talon ; & M. le premier président, après l'avoir prononcé, » avertit les avocats de ne plus » donner avis aux Légataires & donataires universels d'obtenir lettres pour accepter un don universel par bénéfice d'inventaire, & que l'inventaire bien & duement fait suffisoit «.

Un cinquième arrêt du 30 mai 1656, rapporté dans le supplément du journal des audiences, d'après Soefve, a pareillement jugé » qu'un Légataire universel ne peut être tenu en son nom » des legs particuliers, quoiqu'il n'ait point de » lettres de bénéfice d'inventaire «.

Le parlement d'Aix a jugé deux fois la même chose ; la première par arrêt du 15 janvier 1582, rapporté dans la décision 6 du président Stéphanus ; la seconde par un autre du 4 février 1673, inséré dans la suite de Boniface.

Mais au moins le Légataire universel n'est-il pas obligé, pour ne pas payer de dettes au delà de ce qu'il amende, de constater par un inventaire exact la valeur des effets ou des biens compris

dans la disposition faite en sa faveur ? Tous les auteurs François, à l'exception de Ricard, décident pour l'affirmative: voici comme le Maître expose les motifs de cette résolution. » Quand un donataire s'est mis en possession des biens, sans » faire faire d'inventaire, il est bien plus juste » de supposer qu'il y en avoit assez pour payer » les dettes, que d'obliger le créancier à chercher » les effets. Ainsi quoique les conjoints ayent stipulé qu'ils payeront séparément leurs dettes, » ils ne laissent pas d'en être tenus à l'égard des » créanciers, lorsqu'ils n'ont point fait faire d'inventaire : & la femme doit la moitié entière » des dettes de la communauté, faute d'inven- » ventaire, quoique régulièrement elle n'en puisse » être tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle » amende. Si l'on en usoit autrement, si un Légataire universel en étoit quitte pour rendre les » effets dont on justifieroit qu'il se seroit emparé, » ce seroit donner lieu à la fraude, & l'engager » à ne point faire d'inventaire, parce que, comme » la preuve seroit difficile, il pourroit toujours » espérer de profiter d'une partie des effets «.

Il faut convenir que cette opinion paroît avoir pour elle le vœu de l'équité même. Cependant elle est diamétralement opposée aux vrais principes; écoutons Ricard : » Il y a grande différence entre l'héritier & le donataire universel, » & il ne faut pas s'étonner si l'héritier qui veut » accepter la succession sous bénéfice, ne faisant » pas faire inventaire, perd le privilége de ce bénéfice, & demeure indistinctement obligé aux » dettes : parce que la qualité d'héritier en soi » le rend sujet à cette obligation ; & s'il veut » jouir de la grace du bénéfice, il est nécessaire

» qu'il accompliſſe toutes les conditions ſous leſ- » quelles elle lui eſt accordée. Ce qui ne peut » pas s'appliquer au donataire, parce qu'il n'eſt » pas tenu de droit d'acquitter les dettes indéfi- » niment, & ſa qualité ne convient pas à cette » obligation abſolue : tellement que ces deux » qualités (d'héritier & de Légataire) n'étant » pas ſuſceptibles de comparaiſon, vu que le » premier ne jouit de cette immunité que par » privilége, au lieu qu'elle appartient au ſecond » de plein droit, il s'enſuit que la peine pro- » noncée contre l'un ne doit pas être étendue » à l'autre, parce que les peines ſont de droit » étroit, & ne ſe prorogent jamais d'un cas à » l'autre, particulièrement lorſqu'il y a raiſon de » différence, comme dans l'eſpèce dont il s'agit, » en laquelle l'héritier par bénéfice à faute de » faire inventaire eſt tenu en ſon propre & privé » nom, parce que les choſes retournent facilement » à leur principe, dans lequel l'héritier ſe trouve » chargé de plein droit de cette obligation ; ce » qu'on ne peut pas dire du donataire, qui de » ſoi n'eſt obligé aux dettes que juſqu'à con- » currence des effets compris en la donation «.

A cette dialectique ſolide & lumineuſe on ne peut oppoſer qu'une objection ; c'eſt de dire qu'elle favoriſe la fraude & la mauvaiſe foi.

Mais il ſuffit de répondre que la ſeule omiſſion d'une formalité qu'aucune loi ne preſcrit, ne peut former une préſomption de dol. Que l'on ſuſpecte un héritier qui n'a point fait d'inventaire, rien n'eſt ſi naturel : ſon propre titre l'aſſujettit indiſ-tinctement aux dettes ; il ſait qu'il ne peut s'en exempter que par un inventaire précédé & ac-compagné de pluſieurs formalités ; en négligeant

ce remède, il donne lieu de croire que la succession renfermoit assez de biens pour satisfaire tous les créanciers & les Légataires particuliers. Mais un Légataire universel sait que son titre ne l'oblige pas aux dettes au delà de la valeur des biens; on ne peut donc pas le suspecter comme un héritier, lorsqu'il ne fait pas d'inventaire, & c'est faire injure à la loi elle-même que de regarder comme frauduleuse une conduite qu'elle ne désapprouve pas. D'ailleurs, quelle inégalité ne mettroit pas le systême que nous combattons, entre un héritier & un Légataire? Dans l'héritier, la peine du défaut d'inventaire n'en est point une, ce n'est que le refus d'un privilége; il demeure soumis aux obligations que son titre lui impose, & rien de plus : dans le Légataire, ce défaut seroit suivi d'une peine expresse & formelle, il l'assujettiroit à des obligations dont son titre l'exempte.

Enfin, on l'a déjà dit, le Légataire universel n'est soumis dans nos mœurs aux poursuites des créanciers que parce que nous avons subrogé les actions directes de ceux-ci aux embarras & aux circuits de la déduction que l'héritier faisoit lui-même des dettes, avant de délivrer un legs de cette espèce. Le droit Romain ne pouvoit donc pas obliger le Légataire universel de faire inventaire : or, le pouvons-nous nous-mêmes dans le silence de nos coutumes & de nos ordonnances? Si par certains motifs d'équité nous avons confondu la déduction de l'héritier avec l'action directe des créanciers, faut-il que cette indulgence purement relative à la forme, préjudicie au fond de la matière? Et serons-nous avec notre simplicité apparente plus rigoureux que ne l'étoient les Romains avec toute leur subtilité?

Concluons donc avec Ricard, » que dans une » pareille rencontre l'action des créanciers contre » le Légataire doit être poursuivie de la même » façon que si elle étoit intentée contre un pos- » sesseur particulier qui se seroit emparé des biens » du débiteur sans compte ni mesure, que l'on » ne condamneroit pas pour cela indéfiniment » & en son propre & privé nom, mais que l'on » obligeroit à rapporter les effets qu'il seroit con- » vaincu d'avoir divertis, suivant l'estimation des » biens faite par la commune renommée, joint » le serment *in litem*, chaque action ayant ses » principes séparés, sans qu'elles puissent être » réglées les unes par les autres «.

Il n'est point douteux que cet avis ne doive faire loi tant dans les pays de droit écrit que dans les coutumes auxquelles ce droit sert de supplément : l'arrêt du parlement d'Aix du 15 janvier 1582, cité plus haut, l'a adopté *in terminis* : mais il est assez généralement rejeté dans les pays vraiment coutumiers, c'est-à-dire, dans ceux où les loix Romaines n'ont point d'autorité proprement dite.

Il résulte de tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, qu'un Légataire universel n'est point tenu *personnellement* des dettes du défunt. » Ainsi, » dit Denizart, il ne confond point ses créances ; » il peut, comme l'héritier bénéficiaire, les em- » ployer dans son compte, ou les exercer comme » tout autre créancier séparément & sans confusion. » Ses poursuites, s'il en fait comme créancier, » n'empêchent pas qu'il ne conserve sa qualité » de Légataire, & qu'il ne profite, comme l'hé- » ritier bénéficiaire, de l'émolument qui peut se » trouver dans la succession, après la discussion

» des biens, le payement des dettes & des legs
» particuliers «.

» Si les créanciers, continue cet auteur, peu-
» vent diriger leurs actions contre lui, ce n'est
» pas à cause de sa qualité de Légataire, mais à
» cause de la détention des biens; s'il les aban-
» donne & rend compte, les créanciers n'ont plus
» d'action contre lui. Ces principes établis par
» Loiseau, le Brun, Ricard & la Combe, vien-
» nent d'être affermis par des arrêts rendus les
» 17 décembre 1760 & 17 février 1761, entre
» les sieurs de Baudry & Prenelle, à l'occasion
» de la succession de la dame Dieuxivoye «.

Mais peut-on agir *personnellement* contre un Légataire universel pour des dépens auxquels il a été condamné en sa qualité, dans une instance contre un créancier du défunt? On a vu au mot Bénéfice d'inventaire, combien la jurisprudence des différentes cours du royaume est partagée sur cette question par rapport à l'héritier bénéficiaire. Denizart rapporte un arrêt du 16 février 1762, rendu à la pluralité de deux voix seulement, qui a décerné exécutoire contre le sieur Villedieu de Saint-Fargeau, en son nom personnel, des dépens obtenus à sa charge, en qualité de Légataire universel, par le sieur Boulanger.

On demande si un testateur peut décharger son Légataire universel du payement des dettes & des legs particuliers dont il est naturellement tenu?

Il est constant, au moins dans les coutumes où les qualités d'héritier & de Légataire sont incompatibles, qu'un testateur ne peut pas ordonner qu'un de ses héritiers contribuera plus

aux dettes qu'un autre. Le partage qu'ils doivent faire entre eux eſt réglé par la loi, & l'on ne peut ni diviſer ni intervertir l'ordre qu'elle a preſcrit. Il en eſt tout autrement des Légataires univerſels; comme ils tirent tout leur droit de la volonté du teſtateur, c'eſt à lui d'impoſer à ce qu'il leur donne telle loi qu'il juge à propos. Ainſi, 1°. point de doute qu'il ne puiſſe charger le Légataire univerſel des acquêts de la part des dettes que devroit ſupporter le Légataire univerſel des meubles. 2°. Il peut par la même raiſon rejeter ſur ſon héritier le poids de toutes les charges de l'hérédité, & par-là en affranchir entièrement ſon Légataire univerſel. Brodeau ſur M. Louet, lettre *D*, n. 54, fait mention d'un arrêt du 4 juillet 1609 qui l'a ainſi jugé.

Mais pour que cette dernière réſolution puiſſe avoir lieu, il faut que le teſtateur ait laiſſé des biens libres à ſon héritier, & que celui-ci les ait acceptés. Car s'il l'avoit borné aux réſerves coutumières, ou que l'héritier s'y fût tenu de lui-même, la décharge des dettes ne feroit d'aucun effet pour le Légataire univerſel, parce qu'elle excéderoit le pouvoir du teſtateur, par la diminution qu'elle apporteroit aux réſerves, ce qu'une diſpoſition de dernière volonté ne peut jamais faire. C'eſt ce qu'ont décidé deux arrêts remarquables; l'un du 14 mai 1562, rendu en forme de règlement & prononcé en robes rouges; l'autre du 6 août 1743 : nous les avons déjà cités dans ce paragraphe.

Charges des Légataires particuliers.

Parmi les charges dont un Légataire particulier peut être tenu, il y en a qui l'aſſujettiſſent na-

turellement & de plein droit, & il en est que le testateur lui impose. Nous allons parler successivement des unes & des autres.

Les charges auxquelles un Légataire particulier est soumis naturellement & de plein droit, sont ou personnelles, ou réelles.

Dans la thèse générale, un Légataire particulier ne contribue pas aux charges personnelles, c'est-à-dire, aux dettes de la succession. C'est la disposition de la loi 35, §. 1, D. *de heredibus instituendis*, & c'est ce qu'ont jugé un arrêt de la chambre de l'édit de Castres, rapporté sans date par Boné, & un autre du 24 mars 1620, rendu en la grand'chambre du parlement de Paris, rapporté par Brodeau, & un troisième du même mois & de la même année, rapporté par Auzanet. Dans l'espèce du second de ces arrêts, il s'agissoit de savoir si le Légataire des tableaux & de la bibliothèque d'un défunt devoit contribuer aux dettes; il a été jugé que non. Le troisième a décidé qu'une rente due pour le prix de l'acquisition d'une maison, ne devoit pas être acquittée par le Légataire de cette maison, mais par le Légataire universel.

Il y a cependant certains cas où les Légataires particuliers sont soumis aux dettes. 1°. Lorsque le testateur a épuisé tous ses biens libres en legs particuliers, & que l'héritier légal se tient aux réserves coutumières, il faut que les Légataires contribuent aux dettes, par l'effet de la répartition qui s'en fait sur tous les biens de la succession (*). Ce n'est pas qu'ils soient alors obligés

(*) Ce mot *répartition* ne convient pas aux coutumes qui chargent les biens disponibles de toutes les dettes.

directement & par action personnelle envers les créanciers : non ; ils ne contribuent qu'en ce que l'héritier déduit des choses qu'il est obligé de leur abandonner, la part pour laquelle elles sont comprises dans la répartition des dettes.

2°. Si l'héritier ne se tenoit pas aux réserves, mais appréhendoit des biens libres, il ne seroit pas à la vérité recevable à vouloir répartir une

---

D'après ce que nous disons, il est clair que dans ces coutumes les Légataires particuliers doivent, dans le cas dont il s'agit, supporter toutes les charges héréditaires. C'est d'après cette règle que le parlement de Rouen les oblige au remploi des propres aliénés par le défunt ; Bérault en rapporte un arrêt de l'année 1614, & Basnage nous en fournit un autre du 16 mars 1666. » Par la sentence, dit ce dernier, » le sieur de Saint-Aignien, héritier des propres, avoit été » débouté de son action contre la veuve, Légataire parti- » culière de son mari, pour l'obliger à représenter les » meubles, & en ce faisant qu'elle jouiroit du legs que » son mari lui avoit laissé par son testament. On cassa la » sentence, & on condamna la veuve à rapporter les meubles » légués ou la vraie valeur, quoiqu'il n'y eût pas divers » héritiers.

» Il ne faut donc pas douter, conclut de là Basnage, » que les Légataires particuliers, aussi-bien que les uni- » versels, ne soient tenus au remploi des propres, puisque » les meubles y sont affectés, & qu'ils ne peuvent en être » exemptés en les donnant de l'une ou de l'autre manière. » Il est vrai que quand il y a un héritier aux acquêts, il » est tenu à ce remploi aussi-bien que le Légataire univer- » sel ; mais si les meubles laissés à l'héritier aux meubles » ou au Légataire universel ne suffisent pas, le remploi » se prend sur les legs particuliers. Cette distinction mal » entendue a fait croire à quelques-uns, que les Légataires » particuliers n'étoient point sujets au remploi des propres : » mais si cette opinion étoit suivie, on commettroit aisément » une fraude pour empêcher ce remploi, en faisant un si » grand nombre de legs que tous les meubles seroient » absorbés «.

portion des dettes sur les legs particuliers : mais si le testateur n'avoit pas laissé assez de biens pour remplir tout-à-la fois ses dettes & ses libéralités, les Légataires contribueroient encore indirectement, en ce que les créanciers feroient retrancher les legs jusqu'à concurrence de ce qu'il faudroit pour acquitter leurs créances. La raison en est, que les Légataires ne concourent jamais avec les créanciers, & que ceux-ci au contraire sont toujours préférés à ceux-là.

Mais pour conserver cette juste préférence, les créanciers sont obligés de veiller : car s'ils laissoient toucher à un Légataire la somme qui lui est léguée, ils ne pourroient la répéter à sa charge, parce qu'il n'auroit reçu que ce qui lui appartenoit, ce qui le mettroit à l'abri de toute répétition. Le parlement de Grenoble l'a ainsi jugé par arrêt du 13 juillet 1638, rapporté par Basset.

Cette règle souffre deux exceptions : la première est qu'en cas d'adition sous bénéfice d'inventaire de la part de l'héritier, le Légataire qui a reçu ce que le testateur lui a laissé, peut être contraint par les créanciers de le rapporter à leur profit. C'est la décision de la loi 22, §. 5, C. *de jure deliberandi* ; mais elle n'est pas suivie par-tout. Voyez l'article Bénéfice d'inventaire, tome 5, page 487.

La seconde exception est, que quand le legs est d'un immeuble, la délivrance qui en a été faite même par un héritier pur & simple, avant que les créanciers n'aient agi, ne leur fait aucun tort, s'ils ont hypothèque sur ce bien ; parce que l'hypothèque est un droit réel qui suit la chose en quelques mains qu'elle puisse passer.

Mais, dans ce cas, le Légataire poursuivi hypothécairement peut-il demander que le créancier discute préalablement l'héritier ? Il a été jugé pour l'affirmative par arrêt du 7 mars 1701, rendu en la cinquième chambre des enquêtes, rapporté dans le dictionnaire des arrêts. Le parlement de Toulouse a décidé le contraire le 16 mars 1668, sous le prétexte que le bénéfice de discussion n'est accordé qu'aux acquéreurs à titre onéreux : mais voyez sur cet arrêt l'article Discussion, tome 19, page 328.

Une autre question relative au même objet, est de savoir si le Légataire prescrit l'hypothèque des créanciers du défunt par le laps de dix ans entre présens, & de vingt entre absens, comme tout tiers détenteur ? M. de Catelan rapporte un arrêt du parlement de Toulouse de l'an 1693, qui a jugé pour l'affirmative, après partage porté de la grand'chambre à la première des enquêtes. Cette question ne devoit pas souffrir de difficulté, puisqu'aux termes de la loi 2, C. *si adversùs creditorem*, le donataire n'a pas besoin d'un plus long espace de temps pour prescrire l'hypothèque, que s'il étoit acquéreur à titre onéreux.

Lorsque le Légataire particulier a été obligé de payer une dette hypothécaire, peut-il exercer son recours contre l'héritier ? La loi 15, D. *de dote prælegatâ*, décide indistinctement pour l'affirmative : *Licet placeat pignoratas res vel in publicum obligatas heredem qui dare jussus est liberare debere* . . . . . Mais ce texte ne doit pas être pris à la lettre.

En général il faut faire sur cette question les mêmes distinctions que l'on fait par rapport au

legs du bien d'autrui, c'eſt-à-dire que la charge d'acquitter l'hypothèque tombe ſur l'héritier, quand le teſtateur ſavoit que le fond par lui légué étoit engagé, & ſur le Légataire, quand le teſtateur l'ignoroit. C'eſt ce qu'inſinue la loi 6, C. *de fideicommiſſis* : *Prædia obligata per legatum vel fideicommiſſum relicta heres luere debet, maximè cùm teſtator conditionem eorum non ignoravit.* Ce mot *maximè* pourroit ne pas paroître établir aſſez clairement la diſtinction que nous venons d'indiquer; mais la loi 57, D. *de legatis* 1°., diſſipe ſuffiſamment tous les doutes qui pourroient reſter là-deſſus; en voici les termes : *Si res obligata per fideicommiſſum fuerit relicta, ſi quidem ſcit eam teſtator obligatam, ab herede luenda eſt, niſi animo alio fuerit : ſi neſciat, à fideicommiſſario, niſi ſi vel hanc vel aliam rem relicturus fuiſſet, ſi ſciſſet obligatam; vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum exſoluto ære alieno.* Le §. 5, I. *de legatis* renferme abſolument la même diſpoſition.

Ces différens textes ne décident pas ſi c'eſt au Légataire à prouver que le teſtateur a eu connoiſſance de l'hypothèque affectée ſur la choſe léguée : mais tous les interprètes embraſſent unanimement l'affirmative; & leur ſentiment n'eſt ſuſceptible d'aucune difficulté, puiſqu'il eſt conforme à ce que porte le §. 4, I. *de legatis*, au ſujet du legs du bien d'autrui : *Et verius eſt ipſum qui agit, id eſt Legatarium probare oportere ſciviſſe alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignoraſſe alienam; quia ſemper neceſſitas probandi incumbit illi qui agit.*

La diſtinction que nous venons d'établir n'eſt pas générale : il y a deux cas où le Légataire eſt toujours tenu d'acquitter l'hypothèque ſans eſpé-

rance de recours contre l'héritier. Le premier eſt lorſqu'il paroît par quelques circonſtances que telle a été l'intention du teſtateur. La loi 57, D. *de legatis* 1°. l'annonce clairement aux mots, *niſi ſi alio animo fuerit.* Le §. 5, I. *de legatis* eſt encore plus précis : *Si tamen defunctus voluerit Legatarium luere, & hoc expreſſerit, non debet heres eam luere.*

Le ſecond cas eſt lorſqu'il s'agit d'un legs de genre ou d'*univerſalité*, comme d'une dot, d'un pécule, des biens d'une certaine province ; les hypothèques aſſiſes ſur les choſes individuelles que comprend un tel legs ſont indiſtinctement à la charge du Légataire, à moins que le teſtateur n'en ait diſpoſé autrement. C'eſt ce que nous apprend la loi 15, D. *de dote prælegatâ* : *Licet placeat pignoratas res vel in publicum obligatas heredem qui dare juſſus eſt liberare debere ; tamen ſi is qui tales res in dotem accepit, dotem prælegaverit, non cogetur heres liberare eas, niſi aliud ſpecialiter teſtator dixerit.*

Il y a auſſi pluſieurs cas où l'héritier eſt tenu indiſtinctement de garantir le Légataire pourſuivi en déclaration d'hypothèque, ſoit que le teſtateur ait connu ou ignoré la charge impoſée à la choſe léguée. Le premier eſt quand le legs eſt en faveur d'une perſonne fort proche ou pour laquelle le teſtateur a manifeſté une prédilection particulière ; c'eſt le ſens de ces termes de la loi 57, D. *de legatis* 1°., citée ci-deſſus : *Niſi ſi vel hanc vel aliam rem relicturus fuiſſet, ſi ſciſſet obligatam.* La loi 6. C. *de fideicommiſſis* dit préciſément la même choſe.

Le ſecond cas eſt lorſque la choſe léguée n'eſt ſoumiſe qu'à une hypothèque générale. » Autre-

» ment, dit Duperrier, il s'ensuivroit que tout
» Légataire d'un fonds de terre seroit obligé à
» payer une partie des dettes du testateur, vu
» qu'il n'y en a point dont les biens ne soient
» chargés de quelque hypothèque «. Cet auteur
ajoute même que le Légataire ne peut jamais être
privé du recours contre l'héritier, que lorsqu'il
s'agit d'une hypothèque tout-à-fait restreinte en la
chose léguée : » car, ce sont ses termes, quand
» l'hypothèque spéciale de quelque fonds est ac-
» compagnée de la générale, cette spécialité est
» de fort peu de considération, comme a observé
» Dumoulin en une matière qui a quelque rapport
» à celle-ci «.

Le troisième cas, suivant Duperrier, est lorsque la valeur de la chose léguée excède la dette pour laquelle elle est hypothéquée. Telle est aussi l'opinion commune des interprètes, & elle est fondée sur ces paroles de la loi 57, D. *de legatis* 1°., rapportées ci-dessus, *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*. Il faut cependant convenir que cette opinion a quelque chose de singulier. Est-il vraisemblable qu'Ulpien, auteur de la loi citée, ait entendu donner plus d'avantage au Légataire quand la plus value de la chose léguée lui en procure quelque utilité, que lorsque la charge absorbe entièrement le legs ? Ne seroit-il pas plus raisonnable de dire que ce jurisconsulte a voulu décider que dans ce dernier cas l'héritier seroit tenu d'acquitter l'hypothèque, quand même le testateur n'en auroit pas eu connoissance ? En effet, on doit toujours donner aux dispositions d'un testament le sens le plus propre à leur procurer quelque efficacité ; le droit condamne généralement les interprétations qui tendent à les rendre

ſans effet (*). Or, quand un teſtateur lègue à quelqu'un un bien hypothéqué pour une dette qui en emporte toute la valeur, ſi le Légataire étoit obligé d'acquitter l'hypothèque, la diſpoſition faite en ſa faveur ſeroit purement illuſoire ; ou plutôt, au lieu de lui rapporter quelque profit, elle lui ſeroit vraiment préjudiciable par l'embarras qu'elle lui imposeroit de faire face aux pourſuites du créancier. Il faut donc en ce cas obliger indiſtinctement l'héritier au payement de la dette hypothécaire ; & pour peu que l'on pèſe les termes du texte dont il s'agit, on ſentira que telle eſt poſitivement l'idée d'Ulpien. C'eſt ainſi qu'ils ont été entendus par l'ancien docteur Joannes, qui a mis cette note ſur les mots *VEL POTEST : Repete, ſi non, quod trahitur ex verbo, niſi, & ſic diviſum ponitur in repetitione :* enſorte que le paſſage en queſtion doit être interprété, comme s'il y avoit : *Vel ſi non poteſt aliquid eſſe ſuperfluum exſoluto ære alieno.* La paraphraſe qui ſe trouve dans le corps de droit publié par le docteur de Juges, adopte expreſſément cette interprétation : *Ego teſtator rem meam eſſe obligatam ſi ignoravi, Legatarius luere debet, niſi in duobus caſibus : primus eſt .... ſecundus eſt, quandò erat pro tanto obligata dicta res, quòd ſi Legatarius lueret, non remaneret ei aliquod commodum pro legato.* Ricard s'exprime à peu près de même. » La

---

(*) Quoties in actionibus, aut exceptionibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſt id accipi quo res de quâ agitur, magis valeat quàm pereat. *L.* 12, D. *de rebus dubiis.* Cùm in teſtamento ambiguè aut etiam perperàm ſcriptum eſt benignè interpretari, & ſecundùm id quod credibile eſt cogitatum credendum eſt. *L.* 24, *cod. tit.*

» ſeconde exception, dit-il, eſt au cas qu'il ſe » trouvât que, la charge déduite, le legs ſeroit » vain & ſans fruit «.

Quelques juriſconſultes modernes vont plus loin : ils ſoutiennent que, ſuivant nos mœurs, l'héritier eſt tenu dans tous les cas de décharger le Légataire des hypothèques conſtituées ſur la choſe léguée. Tel eſt notamment l'avis de Bourjon ; mais comme cet auteur ne paroît pas même ſoupçonner que le droit Romain fait là-deſſus certaines diſtinctions, nous ne pouvons pas faire grand cas de ſon ſuffrage. Celui de Ricard mérite plus d'attention : voici comme il s'explique après avoir analyſé ſommairement les principaux textes rapportés plus haut. » Parmi nous donc, les hy» pothèques, quant à la façon de les contracter » & de les aſſeoir, ne conviennent pas à la ma» nière avec laquelle elles étoient impoſées par » le droit Romain, & qui confondons l'hypo» thèque générale & ſpéciale preſque en tous » leurs effets ; j'eſtime que, ſans nous arrêter à ces » diſtinctions, l'héritier eſt tenu de toutes les » obligations perſonnelles, & d'en décharger les » héritages qui y ſont hypothéqués, dont le teſ» tateur a diſpoſé au profit des Légataires par» ticuliers «.

Cette doctrine eſt exacte dans l'hypothèſe dont parle Ricard ; elle eſt même conforme aux principes du droit Romain, d'après leſquels nous avons nous-mêmes établi qu'un Légataire ne peut être tenu d'une hypothèque, que lorſqu'elle eſt ſpécialement reſtreinte au fonds légué. Il ne faut cependant pas inférer de là, que les diſtinctions des textes rapportés ci-deſſus ne puiſſent plus être d'aucun uſage dans notre juriſprudence : car il peut

peut encore se rencontrer parmi nous des hypothèques spéciales ; rien n'est même si commun dans les provinces de Flandres, d'Artois, de Hainaut, de Cambresis, où subsistent encore, pour cette matière, toutes les maximes & toutes les formalités du nantissement. Voyez notre addition à l'article HYPOTHÈQUE.

Les charges réelles dont on peut demander si un Légataire est tenu, sans que le testateur les lui ait imposées, sont les rentes foncières, les droits seigneuriaux, les droits d'insinuation, de centième denier, de relief, d'amortissement & d'indemnité, si le legs est fait à des gens de main-morte ; les frais de provisions & de réception, si le legs est d'un office.

Les rentes foncières & les droits seigneuriaux dus par la chose léguée, sont constamment à la charge du Légataire ; mais l'héritier est tenu d'acquitter tous les arrérages échus jusqu'au jour de la mort du testateur. Ces deux points ont été ainsi jugés par arrêt du parlement de Toulouse du mois de mars 1595, rapporté par la Rocheflavin. Et telle est la décision expresse de la loi 39, §. 5, D. *de legatis* 1°. *Heres cogitur legati prædii solvere vectigal præteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquæ formâ.*

Les droits d'insinuation, de centième denier, & de relief, lorsque le bien légué est de nature féodale, doivent également être supportés par le Légataire : » c'est, dit Bourjon, droit réel qui suit » la chose & prélèvement sur elle-même «.

Il n'en est pas de même des droits d'amortissement & d'indemnité qui ont lieu pour les legs faits à des gens de main-morte. Ces droits

ſont à la charge de l'héritier ou du Légataire univerſel, parce que le teſtateur eſt cenſé avoir ordonné tout ce qui étoit néceſſaire pour mettre ſon Légataire en état de jouir & de poſſéder la choſe dont il l'a gratifié. Ainſi nous voyons dans la loi 44, §. 9, D. *de legatis* 1°. que l'héritier eſt obligé de fournir au Légataire de l'uſufruit d'un fonds, un chemin pour y aller; l'eſpèce de cette loi eſt cependant bien favorable pour l'héritier : *Si duos fundos habens teſtator*, ce ſont ſes termes, *alterius mihi uſumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi Legatarius non debebit : ſed heres cogetur redimere aditum & præſtare.* C'eſt ſur le même fondement de la volonté préſumée du teſtateur, que l'on condamne l'héritier à acquitter l'hypothèque ſpéciale dont eſt tenu le fonds légué : il eſt vrai, comme nous le diſions tout-à-l'heure, qu'il faut pour cela une preuve que le teſtateur a eu connoiſſance de cette hypothèque : mais cette reſtriction ne peut pas avoir lieu dans notre eſpèce; on ne peut jamais préſumer que le teſtateur a ignoré les loix qui interdiſent toute acquiſition aux gens de main-morte ſans payer les droits dont il s'agit; & d'ailleurs, quand il n'en auroit eu de lui-même aucune connoiſſance, on doit ſuppoſer qu'il a conſulté des gens capables de le guider. Au reſte, les héritiers ont été condamnés tant de fois à acquitter ces ſortes de taxes, qu'il ne devroit plus reſter le moindre doute ſur leur obligation à en décharger les Légataires. Ricard en rapporte cinq arrêts, de 1386, 22 mars 1558, 22 décembre 1581, 26 juillet 1616 (*), & 7 ſep-

(*) Dans l'eſpèce de cet arrêt, les Légataires univerſels

tembre 1619. M. Louet nous en a conſervé un ſemblable du 2 juillet 1579 : Brodeau en cite trois autres des 20 juillet 1592, 27 mai 1633, & 1 juillet 1634. Le journal des audiences nous en fournit encore quatre, intervenus les 4 décembre 1657 (*), 1 ſeptembre 1690, 4 août 1705, & 12 août 1706. Tous ces arrêts ont été rendus au parlement de Paris. M. de Catelan en rapporte un pareil émané du parlement de Toulouſe le 1 décembre 1693.

Les raiſons ſur leſquelles cette juriſprudence eſt fondée, tendent également à obliger l'héri-

---

ſe prévaloient d'une clauſe du teſtament, qui chargeoit le chapitre de Notre-Dame de Chartres, Légataire particulier, du payement des cens, droits ſeigneuriaux, & rentes foncières : mais, dit Brodeau, on a jugé que cette clauſe ne pouvoit être étendue aux droits d'amortiſſement & d'indemnité.

(*) La cauſe des héritiers étoit cependant bien avantageuſe dans l'eſpèce de cet arrêt. Un conſeiller-clerc du préſidial de Senlis avoit légué par ſon teſtament, dix eſſains de terre au chapitre de la même ville, & il avoit expreſſément déchargé ſes héritiers du payement des droits d'amortiſſement & d'indemnité. Le lendemain il avoit fait un codicille, par lequel il révoquoit le legs pour en faire un autre plus conſidérable, & déclaroit que ſes héritiers ne ſeroient point tenus de payer le droit d'indemnité. Après ſa mort, il fut queſtion de ſavoir qui des héritiers ou du chapitre devoit être chargé du droit d'amortiſſement. Le premier juge y condamna les héritiers, & ſa ſentence fut confirmée. Le teſtateur étoit un homme verſé dans la juriſprudence; il avoit dû connoître la différence du droit d'amortiſſement d'avec celui d'indemnité; ſon teſtament prouvoit même qu'il en avoit une idée complète; ainſi on devoit croire que ne parlant pas du droit d'amortiſſement dans ſon codicille, il avoit voulu en charger ſes héritiers. Tels ont été les motifs de l'arrêt.

tier de fournir au Légataire d'un office de quoi s'en mettre en possession, c'est-à-dire, les frais de provisions & de réception. C'est d'ailleurs ce qui résulte assez clairement de la loi 102, §. 3, D. *de legatis* 3°. conçue en ces termes : *Testator liberto militiam his verbis legavit :* Seïo liberto meo militiam do lego illam ; *quam militiam & testator habuit. Quæsitum est an onera omnia & introitus militiæ ab herede sint danda? Respondit, danda.*

En général on peut dire que tous les frais nécessaires pour la délivrance de la chose léguée & l'assurance de la possession du Légataire, sont à la charge de l'héritier ou du Légataire universel qui en tient lieu. La loi 39, D. *de legatis* 1°. nous en donne un exemple remarquable, en décidant que la recherche d'un esclave légué qui a pris la fuite après la mort du testateur, doit être faite aux dépens de l'héritier. On peut encore voir sur cette matière la loi 44, §. 9, la loi 108 du même titre, & la loi 8 du titre suivant.

Il faut cependant remarquer avec Ricard, » que les héritiers ne sont tenus de faire que les » frais qui sont absolument nécessaires à l'effet » qu'ils puissent délivrer les legs actuellement, » & que les Légataires puissent jouir civilement » des choses léguées. Et ainsi la cour a jugé » par arrêt donné en l'audience de la grand-» chambre, du mardi après dîner, 17 avril 1584, » qu'un testateur ayant légué la part d'une maison » dont il jouissoit par indivis avant son décès, » les héritiers n'étoient pas tenus de fournir » aux frais du partage que le Légataire en vou-» loit faire contre les autres copropriétaires «.

C'eſt auſſi par cette raiſon que les droits d'inſinuation, de centième denier & de relief ſont toujours à la charge du Légataire, comme nous l'avons déjà dit. Il eſt vrai que le défaut de les acquitter expoſe le Légataire à des pourſuites de la part des fermiers du domaine, & du ſeigneur dont relève le fond légué. Mais ces pourſuites & la ſaiſie féodale même ne lui ôtent ni ſa propriété, ni ſa qualité de poſſeſſeur civil & paiſible.

On a vu au mot INSTITUTION D'HÉRITIER, à quoi eſt tenu le Légataire d'une hérédité qui étoit dévolue au défunt.

Outre les charges que la loi impoſe au Légataire particulier, il faut encore qu'il acquitte celles dont le teſtateur l'a grevé expreſſément. Il peut même être pourſuivi à cette fin auſſi-tôt après la mort du teſtateur, quoique ſon legs ne lui ſoit pas encore délivré : en effet, dit Bourjon, » cette action naît de ſon legs, tant que le » droit d'icelui ſubſiſte en ſa perſonne; la déli» vrance n'eſt ſur cette action d'aucune conſidé» ration, il faut une abdication de ſa part du » legs, pour ſe procurer ſa décharge «. On le juge ainſi au châtelet, ſur le fondement de la maxime, *aut ſolvat aut cedat*. La loi 70, D. *de legatis* 2°. confirme cette opinion : *Imperator Antoninus reſcripſit Legatarium, ſi nihil ex legato accepit; ei cui debet fideicommiſſum actionibus ſuis poſſe cedere, nec id cogendum ſolvere.*

Si le Légataire eſt évincé ou privé en quelque manière que ce ſoit, de la choſe dont le teſtateur avoit diſpoſé en ſa faveur, il demeure par cela ſeul affranchi de la charge dont il étoit grevé à ce ſujet, pourvu que l'éviction ou la privation

ne puisse pas être attribuée à quelque faute ou négligence de sa part. C'est la décision expresse de la loi 96, D. *de legatis* 1°. *Si tibi servus legatus fuerit & petitum à te ut Titio aliquid præstares usque ad pretium servi, deindè servus decesserit, nihil fideicommissi nomine præstare cogendus eris.*

Mais si l'éviction ou la privation ne tomboit que sur une partie de la chose léguée, le Légataire pourroit-il demander que la charge fût réduite à la même concurrence ? Bourjon soutient la négative, sans l'appuyer d'aucune raison : mais son avis est condamné formellement par la loi 44, §. 9, D. *de conditionibus & demonstrationibus*, dont voici les termes : *Si pars rei legata usucapta sit, an in solidum parendum sit dubito : & potest dici pro parte parendum ex sententiâ testatoris.*

Cette décision est, comme on le voit, fondée sur la volonté présumée du testateur ; ainsi elle ne peut avoir lieu que lorsqu'il arrive dans le legs quelque retranchement qu'il n'avoit pas vraisemblablement prévu, ou qu'il n'auroit pas pu empêcher. On ne peut donc pas l'appliquer à la détraction de la quarte-falcidie, parce qu'il a dû la prévoir, & qu'en la laissant subsister, il est censé avoir voulu qu'elle n'apportât aucune diminution aux charges par lui imposées à ses legs. C'est ce que décide la loi 43, §. 1, du titre cité : *Diversum est si falcidia interveniat & minuat legatum : nam his casibus nihil repetetur, quia in solidum conditioni paretur.* La loi 25, §. 1, D. *ad legem falcidiam*, est encore plus expresse : *A liberto cui fundum legaverat per fideicommissum Seiæ annua decem dedit. Quæsitum est si lex falcidia liberti legatum minuerit, an Seiæ quoque annuum*

fideicommissum minutum videatur, cùm reditus largiatur annuam præstationem. Respondit, secundùm ea quæ proponerentur, non videri minutum, nisi alia mens testatoris probetur.

Cette restriction, *nisi alia mens testatoris probetur*, est encore établie par la loi 32, §. 4 du même titre, dont voici l'espèce. Un testateur laisse à Titius vingt écus, à la charge d'en donner quinze à Seïus. La quarte-falcidie produit sur ce legs un retranchement de cinq écus, &, par ce moyen, réduit la libéralité au niveau de la charge. Si l'on observoit en ce cas la règle que nous venons d'exposer, le Légataire seroit sans profit : mais comme on ne doit jamais présumer qu'un testateur ait voulu faire une disposition dérisoire, la loi décide que dans cette espèce particulière la charge doit diminuer à la même proportion que le legs, *nisi fortè*, ajoute-t-elle, *testator ita fidei ejus commisisset, ut totum quidquid ex testamento cepisset, restitueret.*

Les détractions que le testateur n'est pas maître d'empêcher, telles que la légitime, les réserves coutumières, diminuent toujours les charges des legs, à moins qu'il n'ait manifesté une intention contraire. La différence qu'il y a sur cette matière entre les détractions forcées & celle de la quarte-falcidie, est très-bien démontrée par Ricard. Elle résulte de ce que le testateur ne défendant pas la falcidie, comme il le peut, est présumé avoir voulu que les charges subsistassent en entier, malgré le retranchement qu'elle occasionneroit aux legs ; » au lieu qu'à l'égard des autres détractions dont » l'évènement ne dépend pas de sa liberté, il est » à croire que s'il les eût prévues, il n'eût pas » disposé au delà de ce qui lui est permis par

» les loix & par les coutumes, pour donner lieu
» à des différends & à des retranchemens, &
» qu'il eût au contraire laissé ce qui étoit néces-
» saire pour remplir ces détractions, & en con-
» séquence, qu'il eût diminué la charge, aussi-bien
» que le legs dans la proportion qu'il a témoigné
» vouloir que les personnes en faveur desquelles
» il a disposé profitassent de ses biens «.

Si les détractions qui se font en vertu de la loi ne diminuent pas les charges, lorsqu'il a été libre au testateur de les empêcher, à plus forte raison ne doit-il résulter aucun retranchement de celles que le testateur fait lui-même de son vivant : c'est ce qu'a jugé un arrêt du 26 août 1683, rapporté dans le dictionnaire des arrêts, au mot Legs, n. 38.

Lorsque celui en faveur duquel est apposée la charge, se trouve incapable d'en recueillir l'effet, est-ce au Légataire ou à l'héritier que son incapacité profite ? Il faut, suivant Bourjon, distinguer si elle est survenue depuis la mort du testateur, ou si elle est antérieure à cette époque. Dans le premier cas, le Légataire est affranchi de la charge, parce qu'il est à croire que le testateur n'a voulu la faire durer sur sa tête qu'autant de temps que celui pour l'avantage duquel il l'avoit imposée, pourroit en profiter. Dans le second cas, Bourjon prétend que la charge doit subsister, & opérer son effet au profit de l'héritier, parce qu'elle diminue le legs, & que par conséquent le testateur n'a pas eu l'intention de faire la libéralité entière au Légataire.

Mais cette distinction est mal fondée, & il faut tenir pour constant que le Légataire est libéré de la charge, en quelque temps que survienne

l'incapacité de celui en faveur duquel le testateur l'avoit apposée. La loi unique, §. 7, C. *de caducis tollendis*, porte que la caducité d'une disposition conditionnelle causée par le défaut d'accomplissement de la condition, profite au Légataire chargé de remplir la disposition : *Sin autem aliquid sub conditione relinquatur . . . . expectari oportet conditionis eventum . . . . Quòd si in medio is qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc quod ideò non prævaluit manere disponimus simili modo apud eos à quibus relictum est, nisi & hìc substitus relictum accipiat, vel conjunctus, sive heres, sive Legatarius hoc acquirat.* On le voit clairement; ce texte ne distingue pas si la condition a failli du vivant du testateur ou après sa mort; & en effet, dans l'un & l'autre cas, il est également vrai de dire que le testateur a voulu gratifier le Légataire de toute la chose léguée, & que s'il l'a grevé de quelque charge, il ne l'a fait que sous la condition que cette charge pourroit être exécutée suivant sa disposition. La loi 38, §. 6, D. *de legatis* 3°. n'est pas moins formelle : *Fideicommisit ejus cui duo millia legavit in hæc verba :* à te Petroni, peto uti ea duo millia solidorum reddas collegio cujusdam templi : *quæsitum est cùm id collegium posteà dissolutum sit, utrùm legatum ad Petronium pertineat, an verò apud heredem remanere debeat. Respondit, Petronium jure petere, utique si per eum non stetit parere defuncti voluntati.* On pourroit nous opposer, avec l'auteur des notes sur Ricard, la loi 55, D. *de conditionibus & demonstrationibus*, suivant laquelle le Légataire chargé de donner une somme de deniers à un incapable de recevoir par testament,

eſt obligé de remplir cette charge pour profiter de ſon legs. Mais ce texte n'a aucun rapport à notre queſtion ; ce n'eſt pas à l'héritier qu'il ordonne au Légataire de compter l'argent, mais à l'incapable lui-même, & cela parce que dans l'ancien droit Romain l'incapacité de recevoir directement en vertu d'un teſtament n'emportoit pas toujours celle d'en tirer un profit indirect : *Neque enim quòd ad talem perſonam perventurum eſt, teſtamenti nomine, ſed mortis causâ capitur.*

Lorſqu'un teſtateur lègue un bien à la charge de payer une certaine dette, & qu'enſuite il la paye lui-même, l'héritier ne peut prétendre de déduction ſur le legs, parce que le teſtateur eſt cenſé l'avoir voulu augmenter par le payement qu'il a fait. C'eſt ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouſe du 18 ſeptembre 1593, rapporté par Carondas.

Quelle eſt la peine du défaut de ſoumiſſion du Légataire à la charge impoſée à ſon legs ? Il faut diſtinguer ſi cette charge a pour objet, ſoit une ſomme d'argent, ſoit un fait dont l'eſtimation peut ſe réduire en denier, ou ſi elle tombe ſur quelque choſe qui ne peut pas ſe ſuppléer par une indemnité pécuniaire. Au premier cas, le défaut dont il s'agit ne produit contre le Légataire qu'une action pour lui faire acquitter la charge : au ſecond cas, il donne lieu à la réſolution du legs.

Mais cette réſolution ne ſe fait pas de plein droit, il faut qu'elle ſoit prononcée en juſtice, & tant qu'elle ne l'eſt pas, le Légataire peut purger ſa demeure.

On ne pourroit pas réſoudre le legs par défaut

d'accompliſſement de la charge, ſi le Légataire avoit fait tout ce qui dépendoit de lui pour la remplir, & qu'il en eût été empêché par une loi prohibitive. C'eſt ce que prouve la loi 8, C. *de legatis* : un teſtateur ne ſachant pas que l'engagement ſolemnel dans la milice empêchoit les ſoldats d'être tuteurs, avoit légué à un militaire une ſomme d'argent, à la charge de gérer la tutelle de ſes enfans : on demandoit ſi le Légataire étant incapable d'être tuteur, pouvoit prétendre ſon legs ; la loi répond qu'il le peut.

Il faudroit dire la même choſe, quand même l'obſtacle qui empêcheroit l'accompliſſement de la charge ſeroit purement de fait. Il eſt vrai que l'on décide régulièrement le contraire, lorſqu'il s'agit d'une condition appoſée à un legs : mais il y a à cet égard une grande différence entre la condition & la charge ; la première affecte tellement la ſubſtance du legs, qu'il ne peut avoir ſon effet qu'avec elle ; la ſeconde, au contraire, n'empêche pas que la diſpoſition ne ſubſiſte d'elle-même, & que le Légataire n'acquière le domaine de la choſe léguée avant d'avoir rempli la charge ; & comme le droit de celui qui poſsède eſt toujours le plus favorable, ſi, lorſqu'il s'agit d'exécuter la charge, le Légataire en eſt empêché par quelque accident qui ne provient pas de ſa négligence, ni de ſon fait, on doit laiſſer les choſes dans l'état où elles ſe trouvent, c'eſt-à-dire, conſerver au Légataire la poſſeſſion qu'il a précédemment acquiſe en vertu d'un titre légitime. C'eſt ce qu'on peut inférer de la loi 10, C. *de condictione ob cauſam datorum* (*).

(*) Quoique le défaut d'accompliſſement de la charge,

Une autre différence entre la condition & la charge, c'eſt que la condition doit être exécutée aveuglément, quoique l'on n'apperçoive pas la raiſon qui a porté le teſtateur à la preſcrire; au lieu que la charge, lorſqu'elle n'eſt point appoſée en faveur d'un tiers, & qu'elle concerne ſeulement le Légataire, n'eſt point obligatoire, ſi elle n'a pas un juſte motif. Ainſi un teſtateur lègue une ſomme d'argent à Titius, à la charge par celui-ci d'en acheter un fonds de terre; Titius n'eſt point obligé de l'employer à cet objet: *Non eſſe cogendum Titio cavere, Sextus Cæcilius exiſtimabat, quoniam ad ipſum duntaxat emolumentum rediret.* Ce ſont les termes de la loi 71, D. *de conditionibus & demonſtrationibus.* Mais ſi cette charge étoit fondée ſur quelque conſidération particulière, comme ſi le Légataire étoit un prodigue, l'héritier auroit un intérêt d'affection pour faire exécuter la volonté du défunt, & il pourroit forcer le Légataire à faire de la ſomme léguée l'emploi déſigné par le teſtament. C'eſt ce que décide encore la loi que nous venons de citer. Il faut appliquer la même diſtinction à la charge de ne point aliéner la choſe léguée, ſans qu'il paroiſſe que le teſtateur l'ait impoſée en faveur d'un tiers. Voyez les loix 114, D. *de legatis* 1°., 38 & 39, D. *de legatis* 3°.

---

occaſionné par un obſtacle quelconque, ne ſoit pas un moyen pour faire réſoudre le legs, cependant ſi la volonté du teſtateur eſt fondée en raiſon, & que la charge par lui impoſée puiſſe s'accomplir par équipolence, le Légataire doit y être contraint. Cette obſervation s'applique ſur-tout aux legs faits pour l'avantage de l'égliſe ou du public. Voyez les loix 16, D. *de uſufructu legato;* 5, D. *de adminiſtratione rerum ad civitates pertinentium;* & dernière, D. *de operibus publicis.*

Les conditions & les charges ont cela de commun, qu'elles sont regardées comme non écrites lorsqu'elles gênent la liberté naturelle de l'homme. Ce qu'on a dit là dessus au mot CONDITION, nous dispense ici de toute espèce de détail. Nous ajouterons seulement un arrêt du 27 août 1708, qui a jugé, conformément à ce qui est établi dans cet article, qu'un testateur ne peut pas imposer à son Légataire la charge de demeurer toute sa vie dans un certain endroit. Voici l'espèce de cet arrêt, telle qu'elle est rapportée par Boullenois, en ses observations sur Rodemburg. » M^e^. Bracquet, avocat au » parlement & célèbre consultant, avoit légué 200 » livres de pension viagère à son clerc, à la charge de » se retirer à la campagne dans une maison reli- » gieuse pour y faire son salut : le testateur avoit » en cela ses raisons ; sinon, il lui lègue seu- » lement 300 livres une fois payées. Le clerc fai- » soit un grand usage de la loi *Titio* 71, D. *de* » *conditionibus & demonstrationibus*, & en outre » observoit qu'il étoit veuf, chargé de quatre » enfans, & entre autres de deux filles mineures, » sur la conduite desquelles il étoit obligé de » veiller. Sur quoi intervint arrêt en la grand- » chambre .... qui a fait délivrance au clerc pure- » ment & simplement du legs de 200 livres de » pension viagère «.

Sans les circonstances particulières que le Légataire faisoit valoir dans cette espèce, on auroit pu juger tout différemment ; car la charge dont il s'agissoit avoit un motif raisonnable ; & les docteurs tiennent, suivant Duperrier, que *la condition imposée au Légataire d'habiter en certain lieu est bonne, quand elle regarde l'utilité & l'avantage de quelqu'un à qui le testateur l'a voulu procurer, mais non pas quand elle n'est utile à personne.*

Il y a dans Bardet un arrêt du 15 juin 1617, qui s'applique ici avec la plus grande justesse. M. le Voix, conseiller au parlement, avoit légué 1200 livres de rente viagère à une femme d'assez mauvaise conduite, à la charge par elle de demeurer au quartier saint André-des-arts. Sur la demande en délivrance, MM. des requêtes du palais ordonnèrent que la Légataire seroit payée de sa rente, en résidant huit mois de chaque année dans l'endroit dont il s'agissoit, libre à elle de passer les quatre autres mois où il lui plairoit. Les deux parties ayant appelé respectivement de cette sentence, il est intervenu arrêt qui met l'appellation au néant par rapport à la Légataire, & faisant droit sur l'appel de l'héritier, infirme la sentence, & ordonne que la Légataire aura délivrance de son legs tant & si long-temps qu'elle demeurera au quartier saint André-des-arts, conformément à la volonté du testateur, & non autrement.

On demande si le legs fait par un débiteur à son créancier impose à celui-ci la charge de compenser sa créance avec la chose léguée. Tout dépend en cela de l'intention du débiteur : s'il a voulu compenser ce qu'il devoit avec ce qu'il a donné, il est certain que le créancier ne peut pas demander tout-à-la-fois le legs & la dette. Mais comment discerner quelle a été à cet égard la volonté du testateur ? Les loix ne nous donnent là-dessus aucune règle générale ; elles ne décident que des espèces particulières : mais peut-être pourrons-nous tirer du détail & de la comparaison de ces différentes espèces, quelques principes qui jetteront un certain jour sur cette matière.

Commençons par les cas où la compensation est rejetée. La loi 85, D. *de legatis* 2°., porte que

quand un débiteur lègue à ſon créancier la choſe qu'il lui avoit donnée en gage, le créancier n'eſt pas pour cela empêché de demander ſa dette, à moins qu'il ne ſoit prouvé clairement que l'intention du teſtateur a été de ſe libérer par ſon legs. *Si voluntas teſtatoris compenſare volentis evidenter non oſtenderetur.*

Il y avoit dans l'ancien droit un édit du préteur, appelé *de alterutro*, qui ordonnoit de compenſer avec la dot de la femme, tout ce que le mari lui laiſſoit par teſtament; mais cette diſpoſition a été reſtreinte par l'empereur Juſtinien, au cas où le mari témoigne que telle eſt ſa volonté. *Sciendum itaque eſt edictum prætoris quod de alterutro introductum eſt in ex ſtipulatu actione ceſſare, ita ut uxor & à marito relicta recipiat & dotem conſequatur; niſi ſpecialiter pro dote maritus ei dereliquit, cùm manifeſtiſſimum ſit teſtatorem qui non hoc addidit, voluiſſe eam utrumque conſequi.*

M. de Catelan, livre 4, chapitre 18, rapporte deux arrêts du parlement de Toulouſe, qui ont jugé, conformément à cette déciſion, qu'une » femme Légataire de ſon mari d'une penſion » excédant l'intérêt de ſa dot, & de l'uſufruit » d'une partie de ſes biens, peut répéter ſa dot & » ſon augment «.

En pays coutumier, on ne connoît pas la répétition de dot; mais on peut y élever la même queſtion au ſujet du douaire. Le journal des audiences nous fournit un arrêt du 30 janvier 1651, par lequel il a été jugé, ſur les concluſions de M. l'avocat-général Talon, qu'un legs fait par un mari à ſa femme de tous ſes biens-meubles, ne compenſoit point le douaire préfix.

La loi 4, D. *de dotis collatione*, déclare que

ſi un père, après avoir promis une dot à ſa fille, lui a fait un legs en l'exhérédant, la fille peut demander ſon legs & ſa dot.

Il y a dans Baſſet un arrêt du parlement de Grenoble du 23 juin 1644, dont l'eſpèce approche aſſez du cas de cette loi. Une mère conſtitue à ſa fille une dot de 1000 livres payables un an après ſon décès, & ſtipule que ſa fille ne pourra plus rien prétendre ſur ſes biens, même à titre de ſupplément de légitime. Elle fait enſuite ſon teſtament, & par cet acte laiſſe 1800 livres à ſa fille; & après quelques autres diſpoſitions particulières, elle exclut tous ſes Légataires de ſes autres biens. La fille demande ſon legs de 1800 livres & ſa dot de 1000 livres; l'arrêt cité lui adjuge l'un & l'autre.

Le parlement de Toulouſe a préciſément décidé la même choſe par arrêt du 2 août 1632, rapporté par Albert.

Cette déciſion auroit lieu à plus forte raiſon ſi la promeſſe de la dot & le legs venoient d'un étranger. Ecoutons M. le préſident Favre : *Si extraneus qui mihi uxoris meæ nomine dotem pecuniariam promiſerat, eidem teſtamento certam pecuniæ quantitatem legaverit, non expreſſo eo an in cauſam dotis nec ne, utrumque peti poterit, nec compenſandi animus in dubio præſumitur.* Le ſénat de Chambery l'a ainſi jugé par arrêt du 12 avril 1591, inſéré dans le code du magiſtrat que nous venons de citer.

Voyons maintenant les cas où le teſtateur eſt cenſé vouloir compenſer ſa dette avec ce qu'il lègue.

La loi 84, §. 6, D. *de legatis* 1°. mérite une attention particulière : *Cùm pater pro filiâ ſuâ, dotis*

dotis nomine, centum promisisset, deindè eidem centum eadem legasset, doli mali exceptione heres tutus erit, si & gener ex promissione & puella ex testamento agere instituerit. Convenire enim inter eos oportet ut alterutrâ actione contenti sint. Cette disposition n'est pas contraire à la loi 4, D. *de dotis collatione*, dont nous venons de rapporter l'espèce; car, 1°. dans celle-ci la fille est exhérédée par son père, & comme elle est déjà assez à plaindre, il ne faut pas aggraver la rigueur de son sort, ni conséquemment présumer que le legs dont elle est gratifiée par une certaine commisération, lui soit fait dans le dessein de compenser sa dot: 2°. il y a tout lieu de croire que dans l'espèce de la loi 84, § 6, D. *de legatis* 1°. le père avoit déclaré positivement qu'il léguoit cent écus à sa fille pour lui tenir lieu de dot. C'est ce que font entendre ces paroles: *Cùm pater pro filiâ suâ, DOTIS NOMINE, centum promisisset, deindè eidem centum EADEM legasset.* Ce mot *eadem* annonce clairement que le testateur avoit attribué la qualité de dotaux aux deniers par lui légués; d'où l'on peut, ce semble, conclure que l'expression du titre ou de l'objet de la dette suffit dans un testament pour obliger le créancier Légataire de souffrir la compensation.

La loi 22, §. 1, D. *de alimentis legatis*, amène naturellement la même conséquence. Elle établit qu'il y a lieu à la compensation lorsqu'un testateur obligé par le testament de son frère à fournir des alimens à certaines personnes, leur lègue un fonds de terre & déclare qu'il leur fait cette disposition pour subvenir à leur subsistance. *Qui fratris sui libertis alimenta debebat, is testamento vineas cum hac adjectione reliquerat*, ut habeant

undè se pascant. *Si pro alimentis vineas reliquisset, non aliter eis ex fideicommissi causâ eas præstari debere, quàm si testamenti obligatione heredes liberassent; aut si id omissum fuisset, & postea ex testamento agerent, doli mali exceptione tutum heredem futurum.*

La loi 22, §. 3, D. *soluto matrimonio*, & la loi 34, §. 5, D. *de legatis* 2°. prouvent encore que l'identité de titre ou d'objet dans la dette & dans le legs, doit faire présumer que le testateur a voulu compenser ce qu'il devoit avec ce qu'il a donné. Il s'agit dans ces textes d'un père qui, après la mort de son gendre, a répété & reçu lui même la dot de sa fille, & qui ensuite a légué à celle-ci une certaine somme pour lui tenir lieu de dot, *dotis nomine.* Les loix décident qu'en disposant de cette manière, il est seulement censé avoir eu intention de restituer à sa fille ce qu'il avoit reçu à son préjudice; qu'en conséquence la fille ne doit avoir action que pour une seule dot; que si cependant le legs surpasse la dette, la compensation n'aura lieu que jusqu'à la concurrence égale de l'un & de l'autre, & que l'excédent pourra être demandé en vertu du testament. *Non enim est verisimile patrem duplici dotis præstatione filium eundemque heredem onerare voluisse.*

Nous trouvons dans Albert un arrêt du parlement de Toulouse du 16 juillet 1641, qui admet la compensation dans cette espèce : une belle-mère constitue à sa belle-fille une dot de 1000 livres, & lui fait ensuite un legs d'une pareille somme, avec cette clause, *payable une fois après ma mort.* La belle-mère étant decédée, la belle-fille demande 2000 livres; savoir, la moitié à titre de dot, & l'autre moitié à titre de legs : mais l'arrêt cité juge sur le fondement des termes,

payable une fois, que la teſtatrice a entendu compenſer l'une avec l'autre. Cette déciſion n'eſt peut-être pas à l'abri de toute critique.

Peut-on préſumer que le teſtateur a eu la compenſation en vue, par cela ſeul qu'il a déclaré que le Legataire devroit ſe contenter de ſon legs, ſans pouvoir rien prétendre ſur ſes autres biens? Les arrêts ne ſont pas uniformes ſur ce cas particulier.

Un tuteur ayant appoſé une pareille clauſe à un legs qu'il faiſoit à ſon mineur, celui-ci demanda avec la choſe léguée le payement du reliquat de compte de tutelle; mais ſa prétention fut condamnée par arrêt du parlement de Grenoble du 25 février 1656, rapporté par Baſſet.

Un particulier qui devoit cent écus à ſa mère, lui lègue ſix-vingt livres de rente viagère avec la clauſe dont il s'agit: après avoir reçu deux années de cette rente, la mère met l'héritier en juſtice pour le payement des 300 livres qui lui étoient dues. Par arrêt du parlement de Bordeaux rendu en 1649, cité dans le journal du palais, tome 1, page 3, la dette eſt déclarée compenſée avec le legs, & l'héritier déchargé des pourſuites de la mère.

Catherine Laffon lègue à un de ſes frères à qui elle devoit cent louis, un Bourgdieu en Graves de la valeur de huit à dix mille livres, à la charge de payer une ſomme de 6000 livres à ſon puîné, & de ne rien demander ſur ſes autres biens. Après la mort de la teſtatrice, le Legataire reçoit la délivrance de ſon Bourgdieu; & l'héritier inſtitué lui fait une reconnoiſſance par laquelle il s'oblige de lui payer les cent louis dont il étoit créancier. Deux ans après, l'héritier prend des lettres de reſciſion contre ſa reconnoiſſance, & ſoutient que le legs a compenſé la dette. La cauſe

plaidée solemnellement au parlement de Bordeaux, il intervient, le 26 janvier 1662, arrêt par lequel » la cour ... ayant égard aux lettres ... » a déclaré la somme due à Pierre Laffon être » compensée avec le legs à lui fait par défunte » Catherine Laffon «. Cette espèce est rapportée dans le journal du palais, à l'endroit cité.

A ces arrêts qui ont admis la compensation, on en oppose d'autres qui l'ont rejetée : Brillon en cite un sans date, » par lequel il a été jugé » au parlement de Toulouse, que le legs fait » par le testateur pour tous droits successifs & » autres que le Légataire peut avoir sur son héritage, n'est pas fait à dessein de compenser le » legs avec le fidéicommis que le Légataire avoit » à prendre par le décès du testateur «.

Il y a dans M. Maynard un arrêt émané de la même cour en 1583, par lequel une fille à qui son père avoit fait un legs de dix mille livres, à la charge de s'en contenter & de ne pouvoir demander ni prétendre autre chose sur ses biens, fut néanmoins admise à réclamer sa part légale dans la dot de sa mère. Cette décision est conforme à la doctrine de Bartole sur le titre *de operis libertorum* dans le digeste, où il dit, que lorsqu'un père a laissé quelque chose à sa fille, avec la clause qu'elle ne pourroit plus rien prétendre sur ses autres biens, cette prohibition n'exclut pas la fille des droits qu'elle peut avoir à exercer contre la succession paternelle, du chef de sa mère : & la raison qu'il en donne est qu'une dette n'est pas comprise sous le mot *biens*, puisque l'on ne regarde comme biens, que ce qui reste après la déduction des dettes.

Il résulte de tous ces détails que, pour nécessiter la compensation d'un legs avec une dette,

il faut une forte présomption que telle a été l'intention du testateur, mais que du reste on ne peut donner d'autre règle sur cette matière, que de peser attentivement les expressions des testamens & les différentes circonstances de personnes ou de choses qui peuvent se rencontrer dans chaque affaire de cette espèce.

Une observation qu'il ne faut jamais perdre de vue dans les différentes hypothèses où la compensation peut avoir lieu, c'est que si la dette surpasse le legs, la compensation ne peut pas empêcher le Légataire de demander l'excédent de ce qui lui est dû, sur ce que le testateur lui a donné. C'est ainsi que dans l'espèce de la loi 22, §. 1, D. *de alimentis legatis*, les Légataires d'un fonds qui leur a été laissé pour en tirer les alimens que le testateur étoit obligé de leur fournir, sont admis, en cas d'inégalité de la valeur du fonds à l'étendue de l'obligation du défunt, à demander le surplus par action personnelle, comme le font entendre ces termes du texte cité, *scilicet si non minùs valent vineæ quàm alimentorum æstimatio.*

Cette résolution est fondée sur un principe qui nous reste à développer, savoir qu'un Légataire ne peut être grevé au delà de son émolument. Ce principe est fondé sur une foule de textes; nous ne citerons que la loi 114, §. 3, D. *de legatis* 1°. dans laquelle on établit, *non plus posse rogari quem restituere, quàm quantùm ei relictum est.*

On entend ici par émolument, non seulement le corps de la chose léguée, mais encore les fruits que le Légataire en a perçus ou dû percevoir depuis la mort du testateur jusqu'au jour où il doit remplir la charge. Il n'y faut cependant pas comprendre les profits extraordinaires qu'il en a

tirés en la faisant valoir dans le commerce ou en s'en servant pour payer une dette qu'il devoit acquitter à un certain terme sous une peine considérable. La loi 70, §. 1, D. *de legatis* 2°. décide clairement ces différens points : *Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse. Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittetur. Nec mutanda sententia erit quòd fortè legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut pœnam stipulationis imminentem evasit.*

Nous venons de dire que les fruits dont le Légataire a négligé la perception, s'imputent dans l'émolument ; c'est en effet ce que décide le §. 2 de la même loi.

La loi 20, §. 2, D. *de alimentis legatis*, propose une espèce remarquable : Titia lègue à Mævius l'usufruit d'un bien, à la charge de payer à Pamphila & à Stichus une pension viagère de cent écus. Mævius décède ; on demande si son héritier est tenu de continuer le payement de la pension, sous prétexte qu'il lui reste encore des fruits qui n'ont pas été absorbés par l'acquit de la charge. La loi répond qu'il n'y est pas tenu, à moins que le testateur n'ait ordonné le contraire, & que dans ce cas il doit acquitter la pension jusqu'à la concurrence du profit que Mævius a tiré de son usufruit : *nisi id testator manifestè probetur voluisse, etiam finito usufructu, præstaris si modò id quod ex usufructu receptum esset, rei præstandæ sufficeret.*

La règle qu'un Légataire ne peut être grevé au delà de son émolument, n'a lieu qu'à l'égard des legs & des charges qui consistent en quantité ou en choses dont l'estimation est fixe & certaine.

Si l'objet compris dans le legs ou dans la charge étoit un héritage, un fait, une chose qui eût quelque singularité en elle-même, en un mot, si cet objet pouvoit recevoir une estimation d'affection, le Légataire seroit obligé, après avoir accepté le legs, d'accomplir la charge entière. La loi 70, §. 1, D. *de legatis* 2°. le décide ainsi dans le cas d'un legs d'une somme de deniers, à la charge de donner à un tiers une chose qui appartient au Légataire : *Hoc ita si quantitas cum quantitate conferatur : enimverò si, pecuniâ acceptâ, rogatus sit rem propriam, quanquàm majoris estimaretur, restituere, non est audiendus Legatarius, legato percepto, si velit computare : non enim equitas hoc probare patitur, si quod Legatorum nomine perceperit, Legatarius offerat.*

Il en seroit autrement si la chose que le Légataire est chargé de donner à un autre, ne lui appartenoit pas; comme il ne dépendroit pas de lui d'en faire l'estimation, il n'en seroit tenu que jusqu'à la concurrence de son legs. La loi 24, §. 12, D. *de fideicommissariis libertatibus*, établit nettement cette différence : *Si quis alienum vel suum servum rogatus sit manumittere, & minus sit in eo quod accepit judicio testatoris, plus sit in pretio servi, an cogatur vel alienum redimere, vel suum manumittere, videndum est. Et Marcellus scripsit, cùm ceperit legatum, cogendum omninò. Do suum manumittere : & sanè hoc jure utimur ut multùm intersit suum quisque rogatus sit manumittere, an alienum : si suum cogetur manumittere, etiamsi modicum accepit; quòd si alienum, non aliàs erit cogendus, quàm si tanti possit redimere, quantum ex judicio testatoris consecutus sit.*

Si cependant le Légataire avoit perdu par sa

faute ou négligé d'acquérir la propriété de la chose qu'il est chargé de donner à un autre, il feroit tenu de la même manière que si elle lui appartenoit. C'est ce que décide la loi 94, §. 2, D. *de legatis* 1°. dans cette espèce : Un testateur fait à Titius un legs alternatif de Stichus ou de Dama, & le charge de donner Stichus à un autre. Titius choisit Dama : en conséquence on demande s'il sera quitte en donnant cet esclave qui est de moindre valeur que Stichus, & la loi répond qu'il est obligé de livrer celui-ci, *cùm per eum steterit quominùs ex testamento haberet quod fideicommissum fuerit.*

Cette décision & la règle générale que nous venons d'établir au sujet de la charge imposée au Légataire de donner son propre bien à un autre, reçoivent une exception remarquable & dictée par l'équité même : c'est que quand il survient postérieurement à l'acceptation du Légataire, un déchet imprévu à la chose léguée, on ne doit pas le forcer à remplir la charge entière, il n'en est tenu alors que jusqu'à la concurrence de son émolument ; & si la charge est indivisible, il doit être admis à abandonner son legs. La loi 24, §. 16, D. *de fideicommissariis libertatibus*, en contient une disposition expresse : *Quòd si legatum sit imminutum, videndum an cogatur servum manumittere, qui speravit legatum uberiùs consecuturum ; & putem si legatum refundere sit paratus, non esse cogendum, idcircò quia aliâ contemplatione agnovit legatum, quod ex inopinato diminutum est. Parato igitur ei à legato recedere, concedendum erit : nisi fortè residuum legatum ad pretium sufficit.*

On voit par-là que l'acceptation du Légataire,

quoique de sa nature aussi irrévocable que celle de l'héritier, ne le lie cependant pas aussi rigoureusement que celui-ci ; car un héritier ne seroit pas recevable à se faire restituer contre son adition, sous prétexte que les biens héréditaires auroient essuyé entre ses mains des diminutions considérables & imprévues.

Voyez, outre les textes & les auteurs cités dans cet article, le commentaire de M. de Perchambault sur la coutume de Bretagne ; le traité de legatis in testamento per Petrum Peckiium Ziricæum ; *celui de* annuis legatis per Joannem Mariam ; *Duplessis, sur la coutume de Paris ; la conférence des coutumes ; les œuvres de Loyseau ; &c.* Voyez aussi les articles LEGS, HÉRITIER, INSTITUTION CONTRACTUELLE, INSTITUTION D'HÉRITIER, LÉGITIME, LÉGITIMATION, &c.

(*Article de M. MERLIN, avocat au parlement de Flandre*).

LÉGITIMATION. C'est une fiction qui efface le vice de la naissance d'un bâtard, & le met au rang des enfans légitimes.

Les empereurs Romains imaginèrent plusieurs moyens de tirer les bâtards de l'état auquel la tache de leur origine les avoit réduits : les textes du droit civil nous en offrent jusqu'à six ; nous allons les analyser & les discuter successivement.

§. I. *Première espèce de Légitimation :* OBLATIO CURIÆ.

Les empereurs Théodose & Valentinien considérant combien il étoit difficile aux municipalités de se procurer des décurions, c'est-à-dire,

des officiers chargés de l'administration des revenus communs & de la perception des octrois, ordonnèrent par la loi 3, C. *de naturalibus liberis*, que tout homme qui feroit entrer ses enfans naturels dans la classe des décurions d'une ville, si c'étoient des mâles, ou qui les marieroit à des décurions, si c'étoient des filles, leur imprimeroit par cela seul la qualité de légitimes.

Les empereurs Léon & Anthemius confirmèrent cette Légitimation par la loi 4 du même titre, & Justinien marqua dans sa novelle 89 de quelle manière cette oblation devoit se faire. C'étoit ou dans une assemblée du peuple ou par acte passé en justice, ou par testament. Dans ce dernier cas, le bâtard ne devenoit légitime qu'après avoir donné son consentement à l'exécution des dernieres volontés de son père.

Le fils pouvoit aussi se légitimer lui-même, en entrant de son propre mouvement dans une curie; mais il falloit pour cela que son père n'eût point d'enfans légitimes, au lieu que quand le père faisoit lui-même l'*oblation*, l'existence d'autres enfans nés d'un mariage solemnel n'apportoit aucun obstacle à la Légitimation. Cette différence n'avoit rien que de juste & d'équitable; elle est établie par le chapitre 2 de la novelle 89.

Les enfans légitimés de cette manière ne jouissoient cependant pas des mêmes avantages que s'ils avoient dû le jour à une union approuvée par les loix : ils n'étoient censés légitimes qu'à l'égard de leur père; ils ne pouvoient rien prétendre dans la succession de leurs parens collatéraux, soit paternels, soit maternels, & même ils ne succédoient à leur père que dans les biens situés dans le territoire de la ville au service de laquelle ils étoient dévoués.

Cette manière de légitimer est tout-à-fait hors d'usage dans nos mœurs.

On peut remarquer cependant que le droit canonique a introduit quelque chose de semblable. Les auteurs comparent à l'entrée dans une décurie, la profession religieuse dans un monastère : quoique cette comparaison soit fort inexacte, on ne laisse pas de trouver quelques traits d'analogie entre les deux objets sur lesquels elle porte. En effet, la profession religieuse légitime à certains égards les enfans naturels, puisqu'elle les rend capables de recevoir les ordres sacrés sans dispense ; mais elle ne les habilite pas à posséder des prélatures. C'est ce qui est réglé par le chapitre 1, aux décrétales, *de filiis presbyterorum*, tiré du concile de Poitiers de l'an 1078 (*).

§. II. *Seconde espèce de Légitimation, adoption.*

L'empereur Anastase avoit introduit par la loi 6, C. *de naturalibus liberis*, une seconde espèce de Légitimation, en permettant aux pères qui n'avoient pas d'enfans légitimes, d'adopter leurs enfans naturels, & de les rendre par ce moyen capables de leur succéder tant *ab intestat* que par testament. Mais l'empereur Justin abolit cette loi, afin d'obliger ses sujets de se marier, s'ils

(*) Cette décrétale est ainsi conçue :

Is qui defectum patitur natalium, ad ordines majores sine dispensatione sedis apostolicæ promoveri non potest... nisi aut monachi fiant, aut in congregatione canonicâ regulariter viventes, prælationes verò nullatenùs habeant.

vouloient avoir des enfans qui puſſent perpétuer leur nom (*).

§. III. *Troiſième eſpèce de Légitimation, teſtament.*

Le chapitre 2 de la novelle que nous venons de citer, introduiſit une troiſième eſpèce de Légitimation. Suivant cette loi, quand un père n'avoit point d'enfans légitimes, & qu'il avoit eu de bonnes raiſons pour ne pas épouſer la mère de ſes enfans naturels, il pouvoit déclarer par ſon teſtament, que ſon deſſein étoit de légitimer ceux-ci & de les inſtituer ſes héritiers; les enfans, après la mort de leur père, préſentoient ce teſtament à l'empereur, qui leur en accordoit la confirmation; en ſorte que cette Légitimation étoit, comme le dit Juſtinien, un bienfait du père & du ſouverain, de la nature & de la loi, *donum patris & principis, id eſt, naturæ ſimul & legis.*

Nos uſages n'admettent pas plus cette manière de légitimer que les deux précédentes.

§. IV. *Quatrième eſpèce de Légitimation, reconnoiſſance du père.*

Toujours de plus en plus favorable aux Légitimations, l'empereur Juſtinien voulut, par ſa

---

(*) *In poſterum verò ſciant omnes legitimis matrimoniis legitimam ſibi poſteritatem quærendam; injuſta namque libidinum deſideria nulla de cætero ratio defendet.* Ce ſont les termes de la loi *6*, C. *de naturalibus liberis*, confirmée par Juſtinien dans ſa novelle 74, chapitre 3.

novelle 117, chapitre 2, que la ſeule reconnoiſſance du père ſuffit pour légitimer ſes enfans naturels, en faiſant préſumer qu'il avoit contracté un mariage avec leur mère. C'eſt pourquoi ſi dans un acte, ſoit entre vifs, ſoit à cauſe de mort, paſſé en juſtice ou devant trois témoins, un père qualifioit de ſon *fils*, ſans ajouter *naturel*, un des enfans qu'il avoit eus d'une femme libre avec laquelle il eût pu ſe marier, non ſeulement celui qu'il honoroit de ce nom, mais encore tous ſes frères nés de la même mère, devenoient légitimes, & leur mère elle-même étoit élevée à la dignité d'épouſe. *Ex hoc enim cùm eorum matre monſtratur legitimum habuiſſe matrimonium, ut neque ab eâ pro nuptiarum fide alia probatio requiratur.*

Ce n'étoit pourtant pas là une Légitimation proprement dite; c'étoit une déclaration qui établiſſoit la preuve d'un véritable mariage, & faiſoit croire que le père n'avoit jamais voulu vivre qu'en qualité de mari avec celle que l'on auroit ſans cela regardée comme ſa concubine; car chez les Romains le mariage n'exigeoit aucune formalité, le ſeul conſentement lui donnoit l'être, & conſéquemment ne différoit du concubinage que par l'intention des parties, *concubinam ex ſolâ animi deſtinatione æſtimari oportet*, dit la loi 4, D. *de concubinis*; auſſi Juſtinien en rendant compte des motifs qui l'ont porté à faire la novelle que nous venons d'analyſer, ſe ſert-il de ces termes, *cùm ſolo affectu poſſit conſiſtere matrimonium.*

On ſent d'après cela le peu d'effet qu'auroit dans nos mœurs l'acte même le plus authentique par lequel un père reconnoîtroit pour légitime un enfant né dans le concubinage. Les

ſolemnités que nos loix ont établies pour former valablement une union pure, démontrent aſſez qu'une pareille reconnoiſſance ne mériteroit aucun égard.

Nous trouvons cependant dans le recueil de Robert un arrêt du 28 juillet 1598, qui ſemble préjuger le contraire de ce que nous avançons. Un père qui avoit un fils légitime & un bâtard, avoit marié le bâtard avec la qualité d'enfant légitime; il avoit même fait intervenir dans le contrat de mariage un de ſes freres qui y avoit pris le titre d'oncle du futur époux. Après la mort du père, ce même oncle, nommé tuteur du fils légitime, conteſta la ſucceſſion aux enfans du bâtard; & la cauſe portée au parlement de Paris, il intervint arrêt qui, en appointant les parties au conſeil, ordonna par proviſion que le partage ſeroit fait entre elles, ſuivant les coutumes de la ſituation des biens.

On ne voit pas que cette déciſion proviſoire ait été rendue définitive. Il y a au contraire dans le traité du droit de bâtardiſe de Bacquet, partie 2, chapitre 12, n. 16, un arrêt qui juge formellement qu'une déclaration de cette eſpèce, quoique faite en contrat de mariage, ne légitime point un bâtard; mais, dit le Brun, » tous nos auteurs » conviennent qu'elle produit des dommages & » intérêts conſidérables, & qui doivent approcher » de bien près la part que l'enfant auroit eu en la » ſucceſſion «.

Cette reſtriction, quoique fondée ſur l'équité, n'eſt pourtant pas générale; voici une eſpèce rapportée par M. de Cattellan, dans laquelle le parlement de Toulouſe l'a rejetée.

» Jeanne Bonnefons, mariée avec Jean Rouſſenc,

» s'oublia à ce point pendant son absence, qu'elle
» eut une fille des œuvres de Pierre Mauruc...
» Le mari étant mort ensuite, & la femme s'é-
» tant remariée avec ce même Mauruc, munie
» d'un bref de pénitencerie.... Antoinette est
» mise sous l'étole, comme fille des nouveaux
» mariés. Quelque temps après, ils la marient,
» comme leur fille naturelle & légitime, à
» Etienne Boudon, & lui donnent la moitié de
» leurs biens. Mauruc meurt ayant institué sa
» femme son héritière, à la charge de rendre à
» son choix à l'une des quatre filles qu'il laissoit.
» Cette mère.... restitue à sa fille Antoinette
» l'hérédité de son mari.... La sœur, après la
» mort de son père, se pourvoit, & demande
» comme seule fille légitime la maintenue en tous
» les biens paternels & maternels.... On oppo-
» soit de la part d'Antoinette Mauruc & Boudon....
» qu'il falloit considérer la bonne foi du mari qui
» avoit épousé sa femme sur le pied de fille lé-
» gitime, l'ayant prise comme telle dans la mai-
» son de ses père & mère mariés ensemble, &
» sur le même pied son père & sa mère lui ayant
» constitué dot dans son contrat de mariage : que
» cette bonne foi étoit si favorable, que de la
» part seulement de l'un des conjoints elle pou-
» voit rendre les enfans même légitimes & capa-
» bles de succéder à leurs père & mère. *Arg. c.*
» *ex tenore, extr. qui filii sint legitimi* ....

» Malgré toutes ces raisons, Marie Mauruc,
» comme fille légitime & naturelle de Mauruc &
» de Jeanne Bonnefons, fut maintenue en tous
» les biens par eux délaissés ; les seuls alimens,
» selon l'estimation qui en seroit faite par experts,
» réservés à Antoinette.

» Les raisons de l'arrêt (qui est de la fin de l'année
» 1678) furent, que cette Antoinette étant une
» vraie bâtarde adultérine.... la bonne foi prétendue
» du mari n'étoit pas une raison digne de considéra-
» tion, la bonne foi de l'un des conjoints ne
» pouvant que sauver l'état des enfans qui naissent
» du mariage, & non changer l'état des mariés,
» parce que celui qui contracte mariage est ou
» doit être informé de l'état de la personne qu'il
» épouse, suivant la maxime de droit, *qui cum*
» *alio contrahit, certus est vel debet esse condi-*
» *tionis ejus*; maxime sur-tout vraie & raisonnable
» en matière de mariage, où il importe plus
» qu'ailleurs d'être bien informé de la personne
» avec qui l'on contracte; que l'intérêt public qui
» rend les dots plus favorables, devoit céder à
» l'intérêt encore plus public & plus important
» de l'honnêteté & des bonnes mœurs, qui pour-
» roient souffrir trop d'atteinte, si de pareilles voies,
» trop aisées à prendre, pouvoient faire passer
» les biens des familles en des mains illégitimes «.

Il résulte de tous ces détails, que des quatre premières espèces de Légitimations introduites par les loix Romaines, il n'en est pas une qui puisse être adaptée à notre jurisprudence; mais les deux autres qui se font par mariage subséquent & par rescrit du prince, sont admises dans nos usages.

§. V. *Cinquième espèce de Légitimation, mariage subséquent.*

Comme la matière de ce paragraphe est assez étendue, nous la diviserons en trois parties. Nous parlerons dans la première de l'origine de la Légitimation

Légitimation par mariage subséquent ; dans la seconde, des conditions requises pour qu'elle ait lieu ; dans la troisième, des effets qu'elle produit.

SECTION PREMIÈRS.

De l'origine de la Légitimation par mariage subséquent.

La Légitimation par mariage subséquent tire sa première origine d'une constitution de l'empereur Constantin qui n'est pas parvenue jusqu'à nous, mais dont la teneur est rappelée dans une loi de l'empereur Zénon qui est la cinquième, C. *de naturalibus liberis.*

Nous voyons dans cette loi que l'empereur Constantin, pour retirer de leur mauvaise habitude ceux de ses sujets qui vivoient dans le concubinage, leur permit, en se mariant avec leurs concubines, de rendre légitimes les enfans qu'ils en avoient eus : mais cette constitution étoit restreinte aux enfans déjà nés, & ne regardoit aucunement l'avenir. L'empereur Zénon la renouvela par la loi citée ; mais il en borna également l'effet aux enfans nés au temps de sa promulgation, voulant que les bâtards qui naîtroient dans la suite ne pussent être légitimés de cette manière : *Hi verò qui tempore hujus sacratissimæ jussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerint, minimè hujus legis beneficio perfruantur.* Le motif de cette restriction étoit d'engager les hommes à préférer l'honneur du mariage à un commerce désavoué par les loix.

Dans la ſuite, on s'eſt relâché de cette rigueur, & la Légitimation par mariage ſubſéquent a été admiſe indéfiniment : mais cette innovation ne s'eſt faite que par degrés. En effet, par la loi 6, C. *de naturalibus liberis*, la première qui ait paru ſur cet objet depuis celle de l'Empereur Zénon, Anaſtaſe ordonne ſeulement que ſi un père qui n'a point d'enfans légitimes, épouſe la femme dont il a des enfans naturels, ceux-ci deviennent légitimes & capables de recueillir ſa ſucceſſion.

Il s'éleva des difficultés ſur l'exécution de cette loi : quelques-uns vouloient que les enfans naturels ne fuſſent légitimés par le mariage ſubſéquent de leur père avec leur mère, que dans le cas où il ne naîtroit point d'autre enfant de ce mariage ; ce qu'ils fondoient ſur ces expreſſions générales d'Anaſtaſe : *Jubemus eos quibus nullis legitimis liberis exiſtentibus.*

Juſtinien a condamné cette interprétation par la loi 10 du même titre : cette conſtitution veut que les enfans nés pendant le mariage ſoient obligés d'admettre leurs frères nés auparavant au partage de la ſucceſſion de leur père commun (*).

Cette loi devint une ſource de procès. Les uns prétendirent qu'elle ne donnoit au mariage ſubſéquent la vertu de légitimer les bâtards que

---

(*) Voici les motifs que Juſtinien prête lui-même à cette déciſion : *Cùm enim affectio prioris ſobolis & ad dotalia inſtrumenta efficienda & ad poſteriorem filiorum edendam progeniem præſtiterit occaſionem, quomodò non eſt iniquiſſimum ipſam ſtirpem ſecundæ poſteritatis priorem excludere, cùm gratias agere ſuis poſteriores debeant quorum beneficio ipſi ſunt juſti filii & nomen & ordinem conſecuti.*

dans le cas où il seroit né des enfans légitimes du mariage même ; les autres, plus rigoureux encore, soutinrent que la seule naissance d'enfans légitimes ne suffisoit pas pour opérer la Légitimation de leurs frères naturels, & qu'il falloit qu'ils survécussent à leurs père & mère. Justinien leva ces difficultés par la loi 11 du même titre, qui ordonne, que soit qu'il naisse des enfans après le mariage, ou qu'il n'en naisse pas, les légitimés par ce mariage jouiront de tous les avantages de la légitimité (*). Elle décide la même chose, & à plus forte raison, à l'égard de l'enfant conçu avant la célébration du mariage, mais né depuis.

Justinien a encore étendu cette jurisprudence en deux points remarquables. 1°. Suivant le droit établi momentanément par Constantin & Zénon, les enfans naturels ne pouvoient être légitimés par le mariage subséquent de leur père avec leur mère, que dans le cas où leur père n'avoit point alors d'enfans légitimes. Mais le chapitre 4 de la novelle 12 porte, que quoique l'on ait des enfans légitimes d'un mariage antérieur, on peut néanmoins légitimer des enfans naturels en épousant leur mère, pourvu qu'ils soient nés après la dissolution du mariage qui a donné l'être aux légitimes.

2°. Par le droit de Constantin & de Zénon, il n'y avoit que les enfans nés d'une concubine

---

(*) *Sufficiat etenim*, dit ce législateur, *talem affectionem habuisse ut post liberorum editionem & dotalia efficiant instrumenta, & spem tollendæ sobolis habeant : licèt enim hoc quod speratum est ad effectum non pervenerit, nihil anterioribus liberis fortuitus casus derogare concedatur.*

ingénue qui puſſent être légitimés par le mariage ſubſéquent des auteurs de leurs jours. Mais la novelle 18, chapitre 11, veut que les enfans nés d'une concubine affranchie aient le même avantage : elle va plus loin ; elle déclare que lorſqu'un homme a vécu avec ſon eſclave comme avec ſa concubine, il peut, après lui avoir donné la liberté ainſi qu'aux enfans qu'il a eus d'elle, & leur avoir obtenu du prince les droits d'ingénuité, contracter un mariage avec cette femme, & par ce moyen légitimer les enfans naturels qu'elle lui a donnés. Mais, ajoute la même loi, cette Légitimation ne peut avoir lieu que lorſque le père n'a point d'enfant légitime d'une autre femme.

La novelle 78, chapitres 3 & 4, diſpenſe le père d'obtenir du prince les droits d'ingénuité pour les enfans nés de ſon eſclave, & veut que ſans acte exprès d'affranchiſſement ils deviennent à la fois libres & légitimes par la ſeule force du mariage contracté entre leur père & leur mère. Il paroît même par les termes généraux dans leſquels eſt conçue cette novelle, qu'elle n'exige plus pour la Légitimation des enfans nés dans l'eſclavage que leur père n'ait pas d'enfant légitime d'une autre femme.

Enfin la novelle 89, chapitre 8, a mis la dernière main à la Légitimation par mariage ſubſéquent, & a permis de légitimer de cette manière tous les enfans naturels nés de femmes avec leſquelles on pouvoit vivre licitement en concubinage.

Toutes ces loix priſes à la lettre ne pouvoient s'appliquer au droit canonique, ni à la juriſprudence Françoiſe. Elles n'avoient été faites que

pour les enfans naturels, c'est-à-dire pour les bâtards nés du concubinage. Tout le monde sait que le concubinage n'étoit chez les Romains qu'un mariage improprement dit; sans être autorisé formellement, il ne laissoit pas d'être toléré : il est même appelé *licita consuetudo*, habitude licite, dans la loi 5, C. *ad senatus-consultum Orphitianum*, & Cujas qualifie une concubine de *minùs justa uxor*.

Le concubinage n'étant aujourd'hui qu'une débauche contraire à la pureté de la religion & des mœurs, les bâtards qui en naissent ne sont plus considérés comme *enfans naturels*, dans le sens que les loix Romaines donnoient à ces mots; nous les confondons avec ceux qu'elles appeloient *spurii & vulgo quæsiti*; & comme ces derniers ne jouissoient pas du privilége de la Légitimation par mariage subséquent, il est clair qu'à nous attacher strictement au texte du droit Romain, nous ne devrions appliquer ce privilége à aucune espèce de bâtards.

Cependant le droit canonique en a décidé autrement. Le chapitre *tanta*, aux décrétales, *qui filii sint legitimi*, porte expressément que *tanta est vis matrimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. Cette décision ne se rapporte pas, comme les loix Romaines, aux enfans nés d'un concubinage innocent & permis; les termes généraux dans lesquels elle est conçue renferment tous les enfans nés du commerce illicite que le père & la mère ont eu ensemble avant de se marier.

Cette extension est fondée sur les vûes les plus sages & les plus équitables. Lorsqu'une fille a eu le malheur de s'abandonner à un homme, il est

intéressant pour l'ordre public & le bien général de la société que sa faute soit couverte & son honneur réparé par le mariage ; mais comme il arrive souvent, ou que l'homme se dégoûte de la fille dont il a abusé, ou qu'ils continuent de vivre ensemble dans le désordre, il a fallu que les loix leur offrissent dans une union sainte & respectable, des avantages assez précieux pour les porter à la contracter. C'est ce qu'a fait le droit canonique en donnant au mariage l'effet de légitimer les fruits de la débauche & du crime, rien n'étant si naturel à la tendresse d'un père que de saisir avidement le moyen qui lui est offert de procurer à un enfant le titre le plus avantageux & les droits les plus étendus qu'il est possible.

Ces raisons ont fait adopter dans notre jurisprudence les principes introduits sur cette matière par le droit canonique. Quelques-unes de nos coutumes ont même là-dessus des dispositions expresses. L'article 108 de celle de Troyes porte : » Les enfans nés hors mariage *de soluto & solutâ*, » puisque le père & la mère s'épousent l'un » l'autre, succèdent & viennent à partage avec » les autres enfans, si aucuns y a «. L'article 33 de la coutume de Bar, l'article 92 de celle de Sens, l'article 34 de celle d'Auxerre, l'article 297 de celle de Melun ont été rédigés dans le même esprit ; & tel est le droit commun de toute la France.

SECTION SECONDE.

Des conditions requiſes pour donner lieu à la Légitimation par mariage ſubſéquent.

La première & la plus eſſentielle de ces conditions, eſt qu'il y ait un véritable mariage entre le père & la mère des enfans naturels.

Ainſi de ſimples fiançailles ne peuvent opérer aucun effet en cette matière. Ecoutons le rédacteur de la bibliothèque canonique : » Par arrêt du » parlement de Rouen du 9 décembre 1604, » une fille nommée Guillemine fut déclarée illé- » gitime, bien que depuis ſa naiſſance ſon père » eût été fiancé avec ſa mère, n'ayant pu la béné- » diction nuptiale être donnée à l'égliſe par la » mort inopinée, quoique le père l'eût reconnue, » reçu la dot, & donné quittance. Cet arrêt eſt » ſemblable à un autre arrêt du parlement de » Paris, entre Claudine, ſoi-diſant Colin d'une » part, Jacques & François Colin, d'autre «.

Il ne ſuffit pas pour légitimer des bâtards, au moins quant aux effets civils, que le mariage contracté entre leur père & leur mère ſoit valable en lui-même, il faut encore qu'il produiſe des effets civils. La raiſon en eſt évidente ; c'eſt que la Légitimation eſt elle-même un des principaux effets civils du mariage ſubſéquent.

Ce principe fait ceſſer dans notre juriſprudence la queſtion de ſavoir ſi un mariage contracté *in extremis* peut légitimer les enfans nés du commerce illicite que les époux ont eu enſemble avan de ſe marier. Un pareil mariage étant privé de tous les effets civils par la déclaration de 1636

& l'édit de 1697, il eſt clair qu'il ne peut opérer la Légitimation des enfans nés auparavant. Baſnage rapporte deux arrêts du parlement de Rouen des 28 mars 1651 & 3 décembre 1669, qui l'ont ainſi jugé. C'eſt ce qu'ont encore décidé les parlemens de Paris & de Toulouſe; le premier par arrêts des 7 avril 1650 & 22 décembre 1672, inſérés dans les journaux des audiences & du palais; le ſecond par arrêt du 6 ſeptembre 1708, rapporté par Furgole.

Le Brun, & après lui Rouſſeau de la Combe, prétendent malgré la diſpoſition générale de l'ordonnance, » que lorſque celui à cauſe de la naiſ» ſance duquel le mariage eſt inégal ſe trouve » en ſanté, mais que la femme qui cauſe la mé» ſalliance eſt à l'extrémité de la vie, le mariage » célébré en ce temps ne laiſſe pas de légitimer » à l'effet de ſuccéder; ce qui a été jugé dans la » cauſe des ſieurs Féry, par arrêt de la quatrième » des enquêtes du mois de mai 1675 (*), & » dans la même année par un autre du 5 ſep» tembre «.

Ce n'eſt pas interpréter une loi que de raiſonner ainſi, c'eſt l'altérer : les arrêts ſur leſquels s'appuient ces deux auteurs, n'ont rien moins que confirmé leur opinion; mais ils ont jugé conformément aux vrais principes, que la groſſeſſe d'une femme n'eſt point une maladie, & en conſéquence ils ont déclaré légitimes & capables de ſuccéder les enfans nés avant le mariage des auteurs de leurs jours, quoique leur mère ſe fût

(*) Cet arrêt eſt mal daté par le Brun; il eſt du 26 mai 1674. Voyez le journal du palais, tome 1, page 713.

trouvée enceinte au temps de la célébration & qu'elle fût morte en couches quelques jours après.

Il n'eſt pas inutile de remarquer qu'avant l'ordonnance de 1639 on jugeoit que les mariages *in extremis* pouvoient légitimer. C'eſt ce que nous apprennent quatre arrêts du parlement de Paris des 29 mars 1599, 13 mai 1633, 4 mars 1636 & 9 août 1639. Le premier eſt rapporté par M. le Prêtre ; le ſecond & le troiſième ſe trouvent au journal des audiences, & le quatrième dans Bardet.

Cette juriſprudence étoit conforme à l'opinion de Benedicti, de Mantica, de Weſel, de Voët, mais peut-être s'éloignoit-elle de l'eſprit du droit Romain. Nous voyons dans la loi 10, C. *de naturalibus liberis*, que les enfans naturels ne ſont légitimés par le mariage ſubſéquent de leur père & de leur mère, que pour récompenſer ceux-ci de ce qu'ils ſe mettent en état de donner l'être à de nouveaux citoyens. *Sufficiat etenim talem affectionem habuiſſe, ut poſt liberorum editionem & dotalia inſtrumenta & ſpem tollendæ ſobolis habeant.* Or, un moribond qui ſe marie ne penſe certainement pas à avoir de nouveaux enfans ; la Légitimation de ceux qu'il a déjà eſt le ſeul objet qui l'occupe ; & comme il a attendu pour y parvenir juſqu'au moment où il ne peut plus remplir la condition à laquelle ce privilége eſt attaché, on doit laiſſer ſes enfans dans l'état où la honte de leur naiſſance les a placés. Tel a été le motif de la déclaration de 1639 ; & ſi l'on s'attachoit rigoureuſement à l'eſprit de cette loi, on diroit, comme le faiſoit M. Talon lors d'un arrêt du 22 décembre 1672, rapporté au

journal du palais, » qu'elle devroit s'entendre » non ſeulement des mariages contractés dans la » maladie par des concubinaires avec leurs con-» cubines, mais encore des mariages par eux con-» tractés avec les mêmes perſonnes ſur le déclin » de leur âge & dans les dernières années de leur » vie «.

Il eſt certains mariages nuls en ſoi par l'effet d'un empêchement ignoré, mais qui ne laiſſent pas de produire des effets civils à cauſe de la bonne foi des parties ou de l'une d'elles. On demande ſi un tel mariage que l'on peut appeler putatif, opère la Légitimation des enfans nés du commerce illicite que les parties ont eu enſemble dans un temps où elles auroient pu ſe marier valablement.

L'affirmative a été ſoutenue par une foule de docteurs Ultramontains, & entre autres par Bernard, le cardinal d'Oſtie, Jean André, Antoine de Butrio, Antoine de Roſſellis, &c. Les raiſons ſur leſquelles ils s'appuient ſont ſpécieuſes : 1°. il eſt de maxime, diſent-ils, que la bonne foi ſert autant au poſſeſſeur que la vérité, qu'elle lui attribue le droit de garder *utilement* la choſe dont il jouit & même d'en preſcrire la propriété. Pourquoi ſa force ſeroit-elle moindre dans le mariage où la poſſeſſion eſt pour les enfans un titre de légitimité & dans lequel on ne conſidère que l'intention ? 2°. Les enfans nés d'un mariage putatif ſont inconteſtablement légitimes : or, ne ſeroit-il pas injuſte que ceux qui ſont nés avant ce mariage demeuraſſent bâtards ? & n'eſt ce pas ici le cas de dire avec Juſtinien dans une loi citée plus haut, *quomodò non eſt iniquiſſimum ipſam ſtirpem ſecundæ poſteritatis priorem excludere, cùm gratias*

agere suis posteriores debeant quorum beneficio ipsi sunt justi filii & nomen & ordinem consecuti ? 3°. La célébration du mariage purge la tache du commerce illicite ; & pendant tout le temps qu'on croit cette célébration valable, elle fait considérer les enfans nés de ce commerce, comme véritablement légitimés : cela étant, peut-on, lorsque l'on reconnoît la nullité du mariage, faire rentrer ces enfans dans la classe des bâtards ? L'église peut-elle condamner ainsi ce qu'elle a approuvé ? & n'est-ce pas ici le cas de la règle, *non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit à quo initium capere non potuerunt ? L.* 85, §. 1, *D. de regulis juris.* La liberté n'est pas plus favorable que la Légitimation : or nous voyons dans les loix 1 & 2, C. *si adversùs libertatem*, que le droit civil ne permettoit pas à un mineur de révoquer, sous prétexte de lésion ni même de fraude, la liberté qu'il avoit une fois accordée à ses esclaves avec l'approbation du juge : pourquoi ne dirions-nous pas la même chose de la Légitimation.

D'un autre côté, l'abbé de Palerme, Peregrinus, Covarruvias, Furgole, Pothier & la plupart des auteurs François qui ont écrit sur cette matière, soutiennent qu'un mariage putatif ne peut avoir l'effet de légitimer les enfans nés du commerce illicite qui l'a précédé : il légitime à la vérité les enfans auxquels il donne l'être, mais c'est à cause de la bonne foi des parties ou de l'une d'elles ; & comme il ne peut point y avoir eu de bonne foi dans le concubinage antérieur, les enfans qui en sont provenus ne méritent pas que l'on s'écarte en leur faveur de la règle qui répute bâtard tout homme né hors du mariage. Les

raiſons que l'on oppoſe ne ſont pas invincibles. 1°. Le mariage ne ſe forme point par preſcription ; le temps ſeul ne rend pas véritable un mariage qui n'eſt que putatif ; ainſi quoique la bonne foi puiſſe en certaines matières produire le même effet que la vérité, elle doit être ſans force dans notre eſpèce, parce que les textes du droit civil, qui ont introduit la Légitimation par mariage ſubſéquent, ont tous parlé d'un mariage valable : la loi 5, C. *de naturalibus liberis*, l'appelle *conjugium legitimum*. Le droit canonique s'explique à peu près de même : *tanta eſt vis matrimonii, ut qui anteà ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur*. Il faut donc un mariage qui ait de la force, *tanta eſt vis matrimonii ;* un mariage qui forme de véritables nœuds, & non pas des nœuds apparens ; un mariage qui ſe contracte en effet, & non pas en figure, *poſt contractum matrimonium*. 2°. Il n'eſt pas extraordinaire qu'entre pluſieurs frères, les uns nés avant le mariage demeurent bâtards toute leur vie, tandis que les autres nés pendant le mariage ſont légitimes. On en verra ci-après des exemples. Or, s'il en eſt ainſi dans le cas d'un mariage véritable, à combien plus forte raiſon doit-il en être de même dans le cas d'un mariage putatif ? Quant à la troiſième objection, elle ſuppoſe ce qui eſt à prouver ; ſavoir, que le mariage putatif légitime les enfans naturels : ſans doute s'il produiſoit cet effet, on ne pourroit plus, dans la ſuite, révoquer la Légitimation ; c'eſt la conſéquence des loix 1 & 2, C. *ſi adversùs libertatem ;* mais les loix & les canons décident qu'il ne légitime pas ; il n'y a donc point d'inconvénient, lorſque la nullité en eſt reconnue,

de laisser dans leur état primitif les enfans nés avant sa célébration.

Lorsque le mariage est valable, faut-il, pour donner lieu à la Légitimation, qu'il soit précédé d'un contrat ? Les loix & les novelles de l'empereur Justinien décident nettement pour l'affirmative, & plusieurs auteurs sont d'avis qu'il faut encore en suivre les dispositions : ils prétendent même que le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 23 août 1577, rapporté par Chopin sur la coutume d'Anjou, livre 1, chapitre 41, n. 7. Mais ces auteurs n'ont pas fait attention que le droit civil n'exige un contrat de mariage dans le cas dont il s'agit, que parce que chez les Romains le mariage pouvoit se contracter sans aucune cérémonie, & que par conséquent il falloit un acte exprès pour en constater l'existence, à l'effet d'assurer l'état des enfans nés auparavant. Cela étoit même d'autant plus nécessaire, que sans une déclaration expresse de la volonté des parties, on auroit pu croire qu'elles avoient voulu continuer de vivre dans le concubinage, tout dépendant à cet égard de leur intention, comme on l'a fait voir ci-dessus. Mais parmi nous, ce ne sont point les conventions matrimoniales qui prouvent le mariage ; les solemnités que nos loix ont introduites pour le contracter valablement, en assurent suffisamment la célébration, & par conséquent il ne faut plus d'acte exprès pour légitimer les enfans. C'est ce que remarquent l'abbé de Palerme, Pérégrinus, Fachini, Groeneweghen, Voët, Furgole & une infinité d'autres auteurs ; & c'est ce qu'ont jugé deux arrêts du sénat de Piémont, rapportés par Tessaurus, décision 83.

Pour qu'un bâtard soit légitimé par le mariage

ſubſéquent de ſon père & de ſa mère, il faut qu'il n'y ait point eu d'empêchement dirimant entre ceux-ci au temps du commerce illicite qu'ils ont eu enſemble. C'eſt ce que décide la loi 11, C. *de naturalibus liberis*, aux mots *eam tamen cum quâ poterat habere connubium*. La loi 10 du même titre n'eſt pas moins formelle : *Cùm quis à muliere liberâ & cujus matrimonium non eſt legibus interdictum*, &c. La novelle 12, chapitre 4, & la novelle 89, chapitre 8, s'expriment à peu près de même.

Il réſulte de là qu'un bâtard adultérin ne peut jamais être légitimé. Le chapitre *tanta* en contient une diſpoſition textuelle (*). Les coutumes de Troyes & de Sens décident la même choſe en reſtreignant l'effet de la Légitimation aux enfans nés *ex ſoluto & ſolutâ*, & tel eſt notre droit commun; Carondas en rapporte un arrêt du 20 juin 1562; Pithou en cite deux ſans date, qui ſont, dit-il, allégués en un autre du 5 juillet 1567, entre Catherine de Weſt & Germaine d'Eſpagne. Il y en a un cinquième dans le journal des audiences, ſous la date du 3 février 1661. Duperrier nous en fournit un ſemblable rendu au parlement d'Aix le 24 octobre 1651. M. de Catelan en rapporte un autre de l'an 1678, par lequel il fut jugé au parlement de Toulouſe, non ſeulement qu'une fille adultérine n'avoit pas été légitimée par le mariage ſubſéquent de ſon père & de ſa mère, mais encore qu'une tranſaction paſſée du vivant de la

(*) *Si autem vir, vivente uxore ſuâ, aliam cognoverit, & ex eâ prolem ſuſceperit, licet poſt mortem uxoris eandem duxerit, nihilominùs ſpurius erit filius .... quoniam matrimonium legitimum inter ſe contrahere non potuerunt.*

mère entre cette fille & sa sœur légitime, ne pouvoit nuire à celle-ci, ni donner à celle-là le droit de succéder, *les transactions devant céder à cet intérêt de l'honnêteté & des bonnes mœurs, auquel des conventions particulières n'ont jamais le pouvoir de deroger.*

Un enfant naturel est-il censé *adultérin*, & en cette qualité incapable de Légitimation par mariage subséquent, lorsque son père & sa mère, dont l'un étoit marié à un autre lors de sa conception, se trouvent tous deux libres au moment de sa naissance ? Fachini, Molina, Sanchez, Covarruvias, Antoine de Butrio, Carondas, le Brun & Rousseau de la Combe, soutiennent la négative. Ils se fondent sur la loi 26, D. *de statu hominum*, suivant laquelle un enfant conçu n'est regardé comme existant que dans les cas où son utilité l'exige. Ils ajoutent que par la loi 5 du même titre il suffit, pour qu'un enfant soit de condition ingénue, que sa mère ait été libre au temps de sa naissance, quoiqu'elle eût été esclave lors de sa conception, & *vice versâ*; enfin, ils font valoir ces termes de la loi 11, C. *de naturalibus liberis*, qui paroissent en effet très-décisifs : *Et generaliter definimus, & quid super hujusmodi casibus variabatur, definitione certâ concludimus, ut semper in hujusmodi quæstionibus in quibus de statu liberorum est disputatio, non conceptionis, sed tempus partûs inspiciatur. Et hoc favore facimus liberorum ut editionis tempus faciamus esse inspiciendum, exceptis iis tantummodò casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat.* La novelle 89, chapitre 8, renferme absolument la même disposition.

Cette opinion est combattue par Silvestre Piérata

dans sa somme ; Pirrhius, sur les décrétales ; Antoine de Rossellis, *de legitimatione* ; Salicet & Péreze, sur le code ; Pothier, en son traité du contrat de mariage ; & elle a été formellement proscrite par un arrêt rendu au parlement de Bordeaux le 14 février 1617, rapporté par la Peyrere. » Les raisons sont, dit Furgole, que par une » fiction de droit introduite en faveur des enfans, » on regarde le père & la mère comme s'ils étoient » mariés ensemble lorsque les enfans ont été » conçus, laquelle présomption ne peut pas avoir » lieu quand l'un d'eux est marié à l'autre ; que » la tache est contractée par la conception, & non » par la naissance ; que cette tache est imprimée » à l'enfant au moment qu'il est conçu, & qu'elle » ne peut point être effacée par la naissance, parce » qu'elle ne diminue point la faute & ne fait » point que la conjonction ne soit également ré- » prouvée, & que le mariage subséquent ne peut » point la laver ni la purifier ; qu'ainsi la femme » ayant conçu d'un adultère, son fruit demeure » toujours adultérin, quoique l'adultère devienne » libre dans l'intervalle de la conception & de la » naissance «.

Les textes que l'on oppose à ces raisons ne leur portent aucune atteinte. La loi 5, D. *de statu hominum*, n'a point de rapport direct à la question. L'état d'ingénuité d'un enfant ne défend que la liberté de sa mère, & comme il peut arriver qu'une femme ait été esclave lors de la conception, & soit devenue libre avant son accouchement, il est juste de s'attacher au temps le plus favorable pour l'enfant. Mais dans notre espèce, la capacité d'être légitimée par mariage subséquent dépend de la qualité du commerce auquel l'enfant doit

doit le jour. Si ce commerce a été adultérin, la ſuite des temps ne peut le rendre licite, parce que ce n'eſt ni de la groſſeſſe, ni de la naiſſance que provient le crime, mais de la conception.

La loi 26, D. *de ſtatu hominum*, ne reçoit pas une application plus exacte à notre eſpèce. Elle porte, à la vérité, que l'on ne doit pas regarder comme exiſtant un enfant qui n'eſt que conçu, ſi ce n'eſt dans les cas où ſon propre avantage le demande; mais cette diſpoſition ne peut pas empêcher que l'on ne conſidère le moment de la conception pour déterminer l'état d'un enfant adultérin, puiſque c'eſt de la conception même que naît l'obſtacle apporté à ſa Légitimation. Quant à la loi 11, C. *de naturalibus liberis*, & à la novelle 89, le principe qu'elles établiſſent ne porte pas ſur la queſtion de ſavoir à quel temps il faut avoir égard pour juger ſi un enfant né *ex damnato coitu*, eſt capable de Légitimation, mais ſur celle de ſavoir ſi un enfant conçu dans un ſimple concubinage & né dans le mariage, eſt légitime dès qu'il voit le jour, ce qu'elles décident affirmativement. On ſent la différence d'un cas à l'autre. Quelle eſt la raiſon pour laquelle un enfant conçu avant le mariage & né après, jouit de tous les avantages de la légitimité? C'eſt parce que la loi ſuppoſe que le mariage a été célébré au moins de vœu & de déſir, dès le temps de la conception, & que par conſéquent elle lui donne un effet rétroactif. Or, pour pouvoir faire cette ſuppoſition, il faut que le mariage ait pu être contracté dans le temps de la conception; car la fiction ne peut jamais défigurer la nature ni détruire la vérité; elle peut bien ſuppoſer que ce qui eſt poſſible ait

existé, mais elle ne donnera jamais une existence idéale à une chose impossible.

Le principe que le père & la mère doivent être habiles à se marier ensemble dans le temps du commerce qui donne l'être aux enfans, pour que ceux-ci puissent profiter du bénéfice de la Légitimation, ne nous conduit pas seulement aux conséquences que nous venons d'exposer, il en résulte encore que les enfans nés d'une personne engagée dans les ordres sacrées ou dans l'état religieux, ne sont pas légitimés par le mariage subséquent, quoique contracté avec dispense; la dispense habilite bien celui à qui elle est accordée, à se marier, mais elle n'efface pas le vice de la naissancce des enfans conçus auparavant. » On a cependant vu, dit le Brun, dans » l'affaire des sieurs Chauvelin, autoriser une » Légitimation *per subsequens*, d'enfans nés d'un » conseiller de la cour, sous-diacre, & d'une » abbesse; mais ce fut parce que les parens qui » avoient donné les mains au mariage, s'avisèrent » long-temps après & à l'occasion d'une succession » collatérale, de contester l'état des enfans ainsi » légitimés; & cette circonstance donna lieu à » l'arrêt du 18 mars 1666, par lequel, sur l'appel » comme d'abus de l'exécution de la dispense des » ordres & de la célébration du mariage, l'on » mit les parties hors de cour & de procès «.

Un clerc tonsuré qui possède un bénéfice, ayant eu des enfans d'une concubine, peut-il les légitimer en quittant son bénéfice & en épousant la mère? Quelques docteurs Ultramontains soutiennent que non. Le premier qui ait avancé cet avis est Ricardus de Malumbra, auteur qui vivoit en 1300; il a été suivi par Jean André, Bartole,

Balde, l'abbé de Palerme, Sarmientus, Louis de Sardis, & Antoine de Rossellis. Leur principale raison est que le mariage ne peut, dans cette espèce, avoir un effet rétroactif à la naissance des enfans, puisque par-là il arriveroit qu'un clerc auroit eu en même temps un bénéfice & une femme; ce qui est incompatible. Ils ajoutent que le concubinage n'est pas moins interdit aux simples bénéficiers, qu'il l'étoit dans le droit Romain aux soldats; que les bâtards de ceux-ci ne pouvoient point être légitimés par le mariage subséquent, parce qu'ils n'étoient point *naturels*, mais *spurii*; que la même raison s'applique aux enfans des clercs; qu'ainsi on doit leur appliquer la même décision. Enfin ils se récrient sur l'énormité du crime d'un bénéficier qui nourrit des revenus de l'église, la compagne & les fruits de sa débauche. C'est, disent-ils, joindre la pureté de l'église avec la corruption du siècle; c'est allier les ténèbres avec la lumière; c'est placer les idoles dans le sanctuaire.

Malgré ces raisons, on tient pour constant en France que les enfans d'un simple bénéficier peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leur père. C'est aussi ce que pensent Covarruvias & Fachini, & leur opinion a été confirmée *in terminis* par un arrêt du 5 septembre 1673, rapporté au journal du palais. Cette jurisprudence est fondée sur les vrais principes: la tonsure qui rend une personne habile à posséder des bénéfices, ne forme point un engagement indissoluble: cependant, pour admettre l'opinion contraire, il faudroit que la tonsure & le bénéfice imprimassent un caractère aussi fort pour un temps, que l'est pour toujours celui qu'imprime le sacerdoce; il

faudroit que ce fût un mariage ſpirituel, quoique ſa durée dépendît de la volonté du bénéficier; ce qui répugne à la nature du mariage, ſoit ſpirituel, ſoit corporel.

Les objections des docteurs Ultramontains ne ſont pas difficiles à réſoudre. Une comparaiſon très-ſimple répond ſuffiſamment à la première. Si un bénéficier ſe marioit ſans avoir préalablement réſigné ſes bénéfices, ſon mariage ſeroit-il nul, & pourroit-on le qualifier d'adultère ſpirituel? Il eſt certain que non. Pourquoi donc le concubinage ſeroit-il plutôt un adultère dans la perſonne d'un bénéficier, que le mariage? Tout ce que l'on pourroit conclure de la fiction qui produit l'effet rétroactif du mariage au temps du commerce illicite, c'eſt que le clerc ſeroit cenſé, en ſe mariant, avoir été déchu de ſes bénéfices dès le premier moment de ſon habitude criminelle; mais cette conſéquence même ſeroit fauſſe, parce qu'en matière de peines on ne doit jamais ſe déterminer par des fictions, & que d'ailleurs l'incapacité des clercs mariés de poſſéder des bénéfices, ne tient pas aſſez eſſentiellement aux conſtitutions fondamentales de l'égliſe, pour qu'il ſoit néceſſaire de l'étendre à un mariage fictif. Nous voyons en effet dans le canon *ſi quis verò*, diſtinction 32, que dans l'ancien droit eccléſiaſtique, le ſimple clerc qui ſe marioit ne perdoit pas pour cela la part qu'il avoit aux diſtributions canoniques (*).

(*) *Si qui verò ſint clerici extra ſacros ordines conſtituti, qui ſe continere non poſſint, ſortiri uxores debent & ſtipendia ſua accipere.*

La seconde objection suppose que nous suivons encore dans notre droit la distinction du concubinage d'avec la fornication, & des enfans *naturels* d'avec ceux que les loix Romaines appellent *spurii*. Ce que nous avons dit là-dessus dans le premier paragraphe, détruit nettement cette objection.

A l'égard de la troisième, on convient que le concubinage, qui est un péché pour les gens du monde, est un crime dans les bénéficiers, parce que l'église veut que ses ministres soient chastes & purs ; mais conclure de là qu'un état auquel il leur est permis à chaque instant de renoncer, soit pour eux un lien qui forme un obstacle insurmontable à la Légitimation de leurs enfans, c'est un paradoxe qui n'est soutenu ni de la raison ni des loix.

Le mariage subséquent contracté avec dispense, légitime-t-il des bâtards incestueux? La négative paroît au premier abord incontestable : le père & la mère de ces enfans ne pouvoient pas se marier dans le temps du commerce criminel qu'ils ont eu ensemble ; ainsi point d'habilité dans les deux extrêmes, comme parlent tous les docteurs, & par une conséquence nécessaire, point de Légitimation. Cependant il faut distinguer si l'empêchement produit par la parenté est du nombre de ceux que l'église ne lève qu'avec peine, ou s'il est facile d'en obtenir dispense.

Dans le premier cas, il est vrai de dire que les enfans ne sont point légitimés : c'est ce qu'a jugé un arrêt du 11 décembre 1664, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Bignon. Il s'agissoit d'un mariage contracté entre un oncle & sa nièce qui étoit en même temps sa filleule,

en vertu de lettres de diſpenſe portant clauſe de Légitimation pour les enfans nés auparavant. L'arrêt eſt conçu en ces termes : » La cour . . . » faiſant droit ſur l'appel comme d'abus du reſ- » crit de cour de Rome, dit qu'il a été mal, » nullement & abuſivement impétré & exécuté » en ce qui concerne la Légitimation des enfans ; » ce faiſant les déclare incapables de toutes ſuc- » ceſſions . . . . fait défenſes aux banquiers de » cour de Rome d'y obtenir pareilles diſpenſes «.

Dans le ſecond cas, le mariage légitime les enfans, parce que la diſpenſe met les parties en état de ſe marier, comme ſi elles n'étoient pas en degré prohibé, ce qui la fait remonter au temps de la conception des enfans. Il n'y a pas long-temps, dit l'auteur des conférences de Paris, qu'on l'a ainſi jugé au parlement de Beſançon ; & » cette opinion, ajoute Furgole, eſt autoriſée » par des arrêts du parlement de Toulouſe, » rapportés par Albert, leſquels ont jugé que la » diſpenſe obtenue par l'un des mariés, quoique » fulminée après ſa mort, rendoit légitimes les » enfans de ce mariage, nonobſtant l'empêche- » ment dirimant de parenté, & que cette fulmi- » nation devoit avoir un effet rétroactif «. Telle eſt auſſi la juriſprudence du parlement de Paris. Bourjon en cite un arrêt du 20 août 1711, rendu en faveur de Marie-Anne Prevôt. Denizart en rapporte un autre du 4 juin 1725, qui maintient le fils du ſieur Beau, né avant ſon mariage avec la couſine-germaine de ſa première femme, dans la poſſeſſion de ſe dire fils légitime, avec dépens, dommages & intérêts. Il y en a un troi- ſième du 11 août 1738, rapporté par Rouſſeau de la Combe, qui confirme, ſur les concluſions

de M. Gilbert, une ſentence de la ſénéchauſſée d'Auvergne, laquelle, en déboutant les ſieur & dame de la Foſſe de leur demande, avoit maintenu un enfant né de Pierre-Antoine & de Marguerite d'Aubuſſon, couſins-germains, depuis mariés avec diſpenſe, dans le droit & poſſeſſion de prendre le nom & les armes de la maiſon d'Aubuſſon.

On demande ſi dans les cas où l'exiſtence d'un empêchement dirimant lors de la conception des enfans forme obſtacle à la Légitimation par mariage ſubſéquent, la bonne foi de l'une des parties qui ignoroit l'empêchement, ne doit pas rendre les enfans capables d'être légitimés. Poſons l'eſpèce. Un homme marié, dont on ignore le mariage, entretient un commerce criminel avec une femme libre, qui croit ne vivre que dans un ſimple concubinage, tandis qu'elle commet un véritable adultère. Il naît des enfans de cette union illicite : dans la ſuite, la femme légitime meurt, le mari épouſe ſa concubine. Il eſt certain qu'à la rigueur les enfans ne peuvent pas être légitimés, nous l'avons fait voir plus haut ; mais la bonne foi de leur mère ne peut-elle pas changer leur condition, & ne doit-on pas les regarder comme des bâtards ſimples, *in veritate adulterini, in opinione naturales ?* Cette queſtion a partagé les opinions des interprètes. Les partiſans de l'affirmative ſont la gloſe ſur le chapitre *tanta* ; Antoine de Roſſellis ; Jean-Antoine de Saint-Georges, appelé communément *Præpoſitus* ; Silveſtre Piérata ; Louis de Surdis ; Fréderic Surdus ; Guillaume Caſtedero ; Baſile Ponce, & le Grand, commentateur de la coutume de Troyes. Ils ſe fondent ſur le chapitre *ex tenore*, aux dé-

crétales, *qui filii sint legitimi*, suivant lequel la bonne foi de l'une des parties qui avoit épousé l'autre publiquement, sans savoir que celle-ci étoit mariée, suffit pour rendre les enfans légitimes. Basile Ponce est celui de tous les docteurs cités qui développe le mieux les conséquences de cette décision. Il convient d'abord que la Légitimation par mariage subséquent est une fiction qui donne un effet rétroactif au mariage, & que par cette raison il faut que les extrêmes soient habiles; mais il soutient qu'ils le sont par la bonne foi, & qu'il faut regarder le mariage comme fait dans le temps de la naissance des enfans. C'est en effet, dit-il, ce qu'opère la fiction : or, s'il s'étoit fait dans ce temps-là, il est incontestable que les enfans seroient légitimes. Si l'on oppose que le mariage n'a point pu être contracté au préjudice de l'empêchement dirimant qui lioit les parties au moment de la conception des enfans, il répond que cela est vrai en effet, mais non pas suivant l'opinion commune, qui seule suffit pour faire regarder comme habiles ceux qui sont réellement incapables. Si le mariage étoit contracté suivant cette opinion, les enfans seroient légitimes : pourquoi en seroit-il autrement, lorsque la même opinion fait remonter le mariage au temps de la conception ? Si on lui objecte que celui qui commet sciemment un crime est tenu de toutes les suites qui en résultent, soit qu'il les ait prévues ou non, il répond, 1°. que la maxime n'est pas vraie, lorsque le crime est accompagné d'une ignorance invincible; 2°. que par la fiction qui donne un effet rétroactif au mariage, l'acte cesse d'être illicite, parce qu'on le suppose postérieur à la célébration.

Les auteurs contraires à cette opinion ſont auſſi en grand nombre. On y compte le cardinal de Palerme, Calderinus, Henri Boïc, Guttierez, Covarruvias, Vallenſis, Faiardo, Peregrinus, Fachini, Molina, Socin le jeune, Barry, Antoine Gabriel, Dominique di-San-Geminiano, Jean Bellemera, Sarmientus & Pothier. Les raiſons ſur leſquelles cet avis eſt fondé, ſont très-bien développées dans le plaidoyer 57 de M. Dagueſſeau.

» Quelle eſt, dit ce grand magiſtrat, la raiſon » du chapitre *ex tenore ?* Deux motifs principaux » de ſa déciſion. 1°. Le nom de mariage, nom ſi » puiſſant que ſon ombre même ſuffit pour purifier » en faveur des enfans le principe de leur naiſ- » ſance . . . 2°. La bonne foi de ceux qui ont » contracté un ſemblable engagement. . . . . . » Voyons ſi ces deux motifs ont quelque ap- » plication à la Légitimation *per ſubſequens ma-* » *trimonium* des enfans qui ſont le fruit d'une » conjonction toujours criminelle.

» 1°. Il n'y a point de mariage même putatif; » ainſi nul titre coloré qui accompagne cette » eſpèce de preſcription. La naiſſance des enfans » n'a pas ſuivi, elle a précédé le mariage, ils ne » la doivent qu'à une ſource impure.

» 2°. Sur la bonne foi, on peut faire deux ré- » flexions importantes.

» La première, que cette bonne foi eſt peu » probable dans deux perſonnes qui commettent » un crime. On la préſume aiſément dans ceux » qui s'engagent publiquement, qui ne ſont pas » cenſés vouloir faire un ſacrilège, & ont cru » recevoir un ſacrement ; mais il n'en eſt pas » de même de ceux qui mépriſent les loix di-

» vines & humaines, en vivant dans le concu-
» binage.

» La seconde, que cette prétendue bonne foi » ne les excuse pas, parce qu'ils commencent par » commettre un crime, & que c'est à eux à » s'imputer tout ce qui arrive en conséquence.

» Et c'est ici ou nous croyons devoir déve- » lopper ce grand principe qui a été parfaitement » expliqué par le judicieux cardinal de Palerme, » & qui l'avoit été avant lui par Bartole, &, si » l'on veut remonter encore plus haut, par Pa- » pinien.

» Ce grand canoniste se fait l'objection du » mariage putatif, & il répond qu'il y a de la » différence : *Quia contrahens matrimonium dat* » *operam rei licitæ; ideò ignorantia sua excusatur.* » *Sed admittens virum sine matrimonio, dat operam* » *rei illicitæ; ideò ignorantia sua non est proba-* » *bilis, nec debet indè consequi præmium, & danti* » *operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequun-* » *tur præter voluntatem suam.*

» Et Bartole avoit dit avant lui : *Quandò-* » *cumque coïtus fit sine colore matrimonii, tunc* » *indistinctè punitur secundùm illud quod est in* » *veritate, non secundùm id quod putabat, quo-* » *niam dabat ab initio operam rei illicitæ.*

» Et Papinien, dont l'un & l'autre ont em- » prunté ces maximes si saines en elles-mêmes, » distingue expressément, lorsqu'il s'agit de punir » un inceste, s'il y a eu au moins l'apparence » d'un mariage qui puisse faire présumer la bonne » foi, ou si au contraire le crime qui a été commis » renferme une double injure faite à la loi & à » la nature, parce que *multùm interest errore* » *illud matrimonium contrahatur, an contumacia*

» *juris & sanguinis contumelia concurrant.* L. 38,
» §. 1, D. *ad legem Juliam de adulteriis.*

» Ainsi point de bonne foi présumée ; toute
» présomption cesse pour des coupables, & quand
» il y en auroit, elle n'excuse point, parce que
» *dabat operam rei illicitæ.*

» Que ne pourroit-on point dire si l'on pouvoit
» s'étendre sur cette matière ? Nous pourrions
» vous rappeler la loi de ce législateur Grec,
» qui punissoit doublement les crimes commis
» dans l'ivresse, &c.

» En effet, tout se réduit à ce simple raisonne-
» ment : la loi peut récompenser l'innocence telle
» qu'elle se trouve dans celui qui contracte de
» bonne foi, par erreur de fait, un mariage dé-
» fendu ; mais que la loi récompense une per-
» sonne qui a voulu mal-faire, parce qu'elle a
» voulu faire un moindre mal, c'est ce qui ne
» peut être écouté.

» Ajoutons d'ailleurs deux réflexions ; l'une
» qu'il ne s'agit point ici de punir ; il s'agit de
» ne pas étendre une grâce, un bienfait de la
» loi ; l'autre, que la Légitimation *per subsequens*
» *matrimonium* n'est pas véritablement favorable,
» si l'on réfléchit sur ses conséquences. Elle
» n'étoit accordée par les premières loix que
» pour le passé : elle entretient, fomente, mul-
» tiplie le concubinage, dans l'espérance de pou-
» voir un jour donner un état aux enfans «.

C'est en faisant valoir ces raisons que M. Daguesseau a fait rendre le célèbre arrêt du 4 juin 1697, qui juge, en confirmant une sentence du châtelet, que le mariage subséquent de Tiberio Fiorelli, connu sous le nom de scaramouche, avec Marie Duval, n'avoit point légitimé une

fille née du commerce qu'ils avoient eu ensemble, dans le temps que l'un d'eux étoit marié à l'insçu de l'autre & de tout le public.

Cette décision auroit lieu à plus forte raison si le mariage subséquent n'étoit point véritable, mais seulement putatif : car en ce cas les enfans ne pourroient pas être légitimés, comme on l'a vu plus haut, quand même il n'y auroit eu au temps de leur conception aucun empêchement entre leur père & leur mère. C'est sur ce fondement qu'a été rendu l'arrêt du 15 mars 1674, rapporté au journal du palais. Il s'agissoit de l'état des enfans nés tant du commerce illicite que du mariage qui avoit eu lieu pendant l'absence du fameux Jean Maillard, entre sa femme & Thibaud de la Boissiere. Cette affaire fut plaidée avec le plus grand éclat, principalement par M. l'avocat général Bignon, qui porta la parole pendant huit audiences ; l'arrêt intervenu après un délibéré d'un mois, défendit au fils né avant le mariage putatif, de prendre la qualité de légitime, & maintint au contraire les enfans nés pendant ce même mariage dans tous les droits de légitimité.

Les interprètes sont assez partagés sur la question de savoir si le mariage intermédiaire de l'une des parties avec une autre n'empêche pas la Légitimation. Par exemple, Mævius & Sempronia, tous deux libres & habiles à se marier ensemble, ont l'un avec l'autre un commerce dont il naît un enfant : Mævius se marie avec Titia, qui lui donne plusieurs enfans. Devenu veuf, il épouse en secondes noces Sempronia. On demande si ce mariage subséquent légitime le fruit de la conjonction illicite que les parties ont eue

ensemble dans le temps qu'elles étoient libres. Quelques-uns soutiennent la négative, & leur sentiment paroît avoir été adopté par un arrêt du parlement de Bretagne de la veille de Toussaint 1588, rapporté par Carondas. Ils se fondent sur ce que la Légitimation ne peut avoir lieu que par l'effet de la fiction qui fait remonter le mariage au temps de la conjonction illicite. Or, disent-ils, dans notre espèce, il ne peut point se faire une pareille rétrogradation; le mariage qui a été contracté dans l'intervalle avec un tiers s'y oppose. On peut ajouter que les loix Romaines semblent favoriser cette opinion. En effet, par le chapitre 4 de la novelle 12, l'empereur Justinien abrogeant le principe établi par Constantin & Zénon, que les enfans naturels ne pouvoient être légitimés *per subsequens matrimonium*, qu'autant que leur père & leur mère n'avoient point d'enfans légitimes, ordonne que la Légitimation aura lieu même dans le cas d'existence d'enfans légitimes, pourvu que la dissolution du mariage dont ils sont nés soit antérieure au concubinage qui a donné l'être aux bâtards. *Nam & si Legitimorum quisquam sit pater & abeunte ejus uxore ex hominibus, aut etiam legitimè transigente, habuerit quandam consuetudinem ad aliam mulierem quam licebat etiam legitimè ducere uxorem, & fuerint ei filii*, &c. Ne peut-on pas appliquer ici la maxime *inclusio unius est exclusio alterius*; & n'est-on pas fondé à soutenir en conséquence, que Justinien, en permettant de légitimer par mariage subséquent les enfans nés d'un concubinage postérieur à un mariage légitime, est censé avoir refusé cette faveur à ceux dont la naissance auroit été suivie d'un mariage contracté avec une tierce personne?

Quoi qu'il en soit, cette opinion est aujourd'hui rejetée si généralement, que l'on n'oseroit plus la soutenir en justice réglée. La raison que donne Pothier de l'avis contraire, est, » que la » fiction de la rétrogradation (du mariage au com» merce illicite) n'est pas absolument nécessaire » pour la Légitimation : il suffit qu'on puisse fa» vorablement supposer, que lors du commerce » que les parties ont eu ensemble, elles ont eu » ce commerce en vue du mariage qu'elles se » proposoient alors de contracter ; que l'une des » parties a depuis changé de dessein en se ma» riant à une autre personne ; mais qu'après la » dissolution de ce mariage elles ont enfin exé» cuté leur premier dessein. Le mariage intervenu » avec une autre personne pendant le temps in» termédiaire, n'empêche point qu'on ne puisse » supposer tout cela, & tout cela étant supposé, » le commerce d'où les enfans sont nés étant » supposé intervenu en vue de mariage que les » parties se proposoient alors de contracter en» semble, & qu'elles ont effectivement contracté » par la suite, on peut considérer ce commerce » comme ayant été en quelque façon une espèce » d'anticipation du mariage qu'elles ont contracté » par la suite, & les enfans comme étant par anti» cipation enfans de ce mariage & légitimés par » ce mariage «.

La loi 10, C. *de naturalibus liberis*, confirme ce que dit ici Pothier : *Neque enim verisimile est eum qui posteà dotem conscripserit, ab initio talem affectionem circà mulierem non habuisse quæ eam dignam esse uxoris nomine faciebat.* On le voit clairement, le véritable fondement de la Légitimation des enfans nés *ex soluto & solutâ*

n'est pas la rétroaction même du mariage au commerce illicite, mais l'intention qu'ont dû ou pu avoir les parties au temps de ce commerce. Que fait la loi ? Elle présume que le père & la mère ont toujours eu le dessein de s'unir par des nœuds solemnels & légitimes : elle suppose que le mariage a été contracté de vœu & de désir dès le temps de la conception des enfans ; & d'après cette présomption, elle donne un effet rétroactif au mariage : c'est donc uniquement de la volonté des parties que dépend cet effet rétroactif. Il peut cependant arriver que la rétroaction ne puisse pas avoir lieu, quoique l'intention présumée de se marier subsiste dans toute sa force ; mais comme l'une n'est qu'accessoire à l'autre, il ne faut s'attacher proprement qu'à celle-ci, ou si l'on doit faire attention à celle-là, ce ne peut être que dans les cas où les deux fictions peuvent concourir ensemble : ainsi dans l'espèce de la question proposée, on ne peut pas à la vérité donner au mariage subséquent un effet rétroactif au temps du concubinage, mais il est permis de supposer que dès ce temps le père & la mère ont eu le désir de former l'un avec l'autre des liens approuvés par les loix de l'église & de l'état, & cette supposition suffit pour donner lieu à la Légitimation.

Le chapitre 4 de la novelle 12 n'est pas aussi contraire à ce sentiment qu'il le paroît au premier abord. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'on ne peut en tirer qu'une induction *à contrario sensu*, & un pareil argument ne peut avoir de la force qu'autant qu'il n'est combattu ni par un texte précis, ni par une raison décisive. Ou sans parler des raisons que nous venons d'exposer,

nous avons un texte qui fait entendre clairement qu'un mariage contracté avec un tiers dans l'intervalle de la naissance des enfans naturels au mariage de leur père & de leur mère n'empêche pas leur Légitimation. Ce texte est le chapitre de la novelle 74 ; en voici les paroles : *Omninò enim suis existentibus, deindè naturalibus procreatis, AUT PRIMITUS NATIS, nequaquàm Legitimorum jus eis adjicitur : nisi forsitam per constitutiones nostras quæ dotalium instrumentorum introduxerunt modum.*

Enfin, comme nous l'avons dit, la jurisprudence de tous les pays où la Légitimation est admise, a tellement affermi cette opinion, qu'il seroit téméraire d'oser encore la combattre. Cette jurisprudence remonte aux temps les plus reculés. Il y en a un arrêt dans Papon, daté du 12 juin 1578 ; & Bérault sur l'article 275 de la coutume de Normandie, en rapporte un semblable rendu au parlement de Rouen le 23 novembre 1582.

Lorsqu'un bâtard meurt avant que son père & sa mère ne se soient mariés, les enfans qu'il laisse peuvent-ils être légitimés par le mariage subséquent de leur grand-père & de leur grand-mère ? L'équité elle-même nous porte à décider pour l'affirmative ; cependant la négative a trouvé des sectateurs parmi les anciens interprètes : ce sont Albéric, Balde, Paul de Castres, Alexandre, Jason, Marsilli, Decius, Gailli, & M. de Chasseneuz ; leur raison est que le fils n'ayant jamais joui de la légitimité, n'a pas pu la faire passer à ses enfans, qui ne peuvent l'avoir que par son canal. Ils citent à ce sujet la loi 1, §. 9, D. *de acquirendâ possessione*, dont voici les paroles : *Cæterùm & ille per quem volumus possidere talis esse*

esse debet, ut habeat intellectum possidendi. Cette décision n'a, comme on le voit, aucune espèce d'analogie avec notre espèce : la loi 11, D. *de adoptionibus*, sur laquelle ils se fondent encore, n'y a pas un rapport plus exact. Mais un texte que l'on peut citer avec plus de justesse, & qui détruit clairement l'opinion de ces auteurs, est la loi 5, D. *de gradibus & affinibus* : voici comme elle est conçue : *Si filio meo mortuo, Titium adoptavero, videri eum defuncti fratrem fuisse Arrianus ait.* Si lorsqu'un père après la mort de son fils adopte un étranger, l'enfant décédé avant l'adoption est censé avoir été le frère de l'adopté, quoiqu'il n'existât plus au temps de l'acte qui lui donne cette qualité ; ne peut-on pas, par la même raison, supposer que l'enfant mort avant le mariage a eu toute sa vie le titre & les droits de légitime, quoiqu'il ne fût plus au monde lors du mariage qui le rend tel par fiction ? D'ailleurs, » la Légitimation, dit Pothier, a été établie, non seulement » en faveur des enfans nés de l'union que les » parties ont eue ensemble avant leur mariage, » mais en faveur de tous ceux qui en sont descendus, lesquels ne sont pas moins dignes de » cette faveur que ceux qui en sont nés. La loi, » par la fiction de la Légitimation, purge le vice » de l'union que les parties ont eue ensemble » avant le mariage, la fait regarder comme une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis » contracté, & par conséquent les enfans qui » en sont nés & tous ceux qui en sont descendus, comme enfans de ce mariage par anticipation «. On peut ajouter que le §. dernier I. *de nuptiis*, dit en général que les *enfans* LIBERI,

ſont légitimés par le mariage ſubſéquent de leur père & de leur mère. Or, ſuivant la loi 220, D. *de verborum ſignificatione*, il eſt de règle de comprendre les petits-fils ſous le nom d'enfans, toutes les fois que leur utilité le demande ainſi.

La Légitimation par mariage ſubſéquent n'eſt pas admiſe en Angleterre : c'eſt ce qui nous eſt atteſté par Dumoulin ſur le conſeil 345 de Decius, ſur la décrétale *tanta*, & ſur le chapitre 9 des ſtatuts de Meilthon ; & c'eſt ce qu'établit Cowels en ſes inſtitutions au droit anglican, livre 1, titre 10, §. 17. D'après cela, on demande ſi un mariage contracté en Angleterre peut au moins légitimer un enfant naturel, à l'effet de le rendre capable de ſuccéder en France. Cette queſtion a été jugée pour l'affirmative par arrêt du 21 juin 1668, rapporté au journal des audiences. Dans l'eſpèce dont il s'agiſſoit, le fils qui ſe prétendoit légitimé n'étoit point né en Angleterre ; ſon père & ſa mère étoient François, & il étoit rentré en France après leur mort. Sans ces circonſtances ou d'autres auſſi favorables, il y a tout lieu de croire que l'on auroit jugé différemment. Ecoutons Boullenois en ſes obſervations ſur Rodemburg.

» Un homme déclaré légitime ou bâtard, porte » cet état par-tout .... c'eſt pourquoi ſi par les » loix d'un royaume un homme né bâtard eſt légi- » timé par un mariage ſubſéquent, ou au con- » traire ſi par les loix du royaume tel mariage » ne légitime pas, comme en Angleterre, je » ſuis perſuadé que le François légitimé de cette » manière doit être regardé comme légitime » par-tout, même en Angleterre ; & que le bâ- » tard Anglois non légitimé en Angleterre par

» le mariage, doit être tenu pour bâtard même » en France.

» J'applique encore cette décision à un enfant » Anglois né en Angleterre d'un concubinage, » & dont le père & la mère Anglois seroient venus » demeurer en France, & y auroient été mariés » sans s'y être fait naturaliser, parce qu'étant vé- » ritablement étrangers, & comme tels soumis » aux loix d'Angleterre, leur enfant ne peut pas » être, suivant ces loix, bâtard en Angleterre de » naissance, & être regardé comme légitime en » France, parce qu'il porte par-tout l'état & la » condition dont il est par les loix de sa nation.

» Si depuis la naissance de cet enfant né en » Angleterre de père & de mère Anglois, le père » & la mère s'étoient fait naturaliser en France, eux » & leur enfant, & qu'ils eussent depuis contracté » mariage, faudroit-il dès lors regarder cet en- » fant comme légitimé par le mariage subséquent ? » J'adopterois l'affirmative. Ma raison en est, que dès » que le père, la mère & leur enfant ont été natu- » ralisés, ils sont rendus participans de tous les » droits ordinaires, & du droit commun de la » nation. Or la Légitimation *per subsequens ma-* » *trimonium* introduite par l'empereur Constantin, » confirmée par Justinien, autorisée par le droit » canonique, est un droit admis dans nos mœurs » par la jurisprudence des arrêts dont les étran- » gers naturalisés doivent jouir ainsi que tous les » autres sujets du roi. Je penserois encore de même » dans le cas où le mariage auroit été contracté en » Angleterre, si le père & la mère se faisoient natu- » raliser avec leurs enfans en France «.

Un bâtard peut-il être légitimé malgré lui par le mariage subséquent de son père & de sa mère, ou

lui eſt-il libre d'empêcher l'effet de la Légitimation ſur ſa perſonne, en proteſtant par écrit qu'il ne veut pas en profiter? Cette queſtion ne peut guère ſe préſenter dans les endroits où la puiſſance paternelle eſt abolie ou reſtreinte à des effets purement honorifiques: mais elle peut s'élever fréquemment dans les pays de droit écrit, ainſi que dans les coutumes de Lille, de Hainaut, de Valenciennes, de Mons, où la puiſſance paternelle donne aux pères des droits conſidérables ſur les biens de leurs enfans, & où par conſéquent il eſt quelquefois de l'intérêt d'un bâtard de demeurer dans ſon état primitif pour conſerver ſa liberté.

Albéric, Balde, Paul de Caſtres, M. Boyer & Fachini ſoutiennent que la Légitimation ne peut affecter un enfant naturel malgré lui. Ils ſe fondent ſur un texte qui le décide effectivement de cette manière; c'eſt le chapitre 11 de la novelle 89 (*).

Mais quelque préciſe que ſoit cette déciſion, il y a des auteurs qui prétendent qu'elle ne doit pas être ſuivie; ce ſont Angelus, Salicet, Covarruvias, Sarmientus, Jean-Antoine de Saint-George, &c.; ils en donnent deux raiſons; la première, qu'il eſt de l'intérêt public que les

---

(*) En voici les termes:
Generaliter autem in omnibus qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum jus, tunc id volumus obtinere, cùm & filii hoc ratum habuerint. Nam ſi ſolvere jus patriæ poteſtatis, invitis filiis, non permiſſum eſt patribus, multò magis ſub poteſtatem redigere invitum filium & nolentem, ſive per oblationem ad curiam, ſive per inſtrumentorum celebrationem, ſive per aliam quamlibet machinationem, tanquàm ſortem metuentem paternam, juſtum non eſt, neque imperii & legiſlatoris ponimus proprium.

bâtards ſoient légitimés ; que l'on ne peut déroger par aucun pacte au droit public ; que par conſéquent il n'eſt pas au pouvoir d'un enfant naturel de renoncer au bénéfice de la Légitimation : la ſeconde raiſon eſt que ce bénéfice ne vient pas de la volonté du père, mais de la loi ; qu'ainſi un enfant n'eſt pas plus maître de ſe ſouſtraire à ſon influence, qu'il n'eſt libre à un teſtateur d'empêcher que ſon teſtament ne ſoit ſoumis aux loix, *nemo poteſt in teſtamento ſuo cavere ne leges in ſuo teſtamento locum habeant* : ce ſont les termes de la loi 55, D. *de legatis* 1°.

Ces raiſons ſe détruiſent d'elles-mêmes. 1°. Le public peut tirer un certain avantage de la Légitimation des bâtards, mais ce n'eſt qu'un avantage ſecondaire & indirect. Ce ſont les bâtards eux-mêmes qui ſont intéreſſés principalement & directement à être légitimés, & s'ils le refuſent, le public n'a rien à dire : *unicuique licet juri in favorem ſuum introducto renunciare*. 2°. Il eſt vrai que le bénéfice de la Légitimation eſt dû à la loi ; mais peut-on conclure de là que le bâtard ne ſoit pas maître d'y renoncer ? La loi donne à un père l'uſufruit des biens qui appartiennent à ſes enfans ſoumis à ſa puiſſance ; cependant le père peut l'abdiquer. La loi défend à un teſtateur de toucher aux réſerves coutumières, cependant l'héritier peut les abandonner. La loi donne aux enfans une portion indiſponible & preſque ſacrée dans l'hérédité de leur père & de leur mère, cependant il eſt libre aux enfans de ne pas en profiter.

C'eſt donc ſans aucun fondement que les auteurs cités prétendent éluder la diſpoſition claire

& précise de la novelle 89. Mais Pothier n'a-t-il pas donné à leur opinion des motifs plus judicieux & plus conséquens ? Il faut l'entendre lui-même pour en juger : » La question ne doit » pas se décider par la disposition de la novelle » ci-dessus alléguée : nous avons tiré nos prin- » cipes sur la Légitimation plutôt du droit cano- » nique que des loix Romaines, que nous avons » déjà observé avoir peu d'application à notre » droit. Or il paroît que, suivant les principes » du droit canonique, la Légitimation des enfans » nés avant le mariage s'opère de plein droit » par la seule efficace du mariage que leur père » & leur mère contractent : & quoique cette Légiti- » mation soit établie principalement en faveur des » enfans, elle ne l'est pas seulement en leur fa- » veur, elle l'est aussi en faveur du père & de la mère : » il ne doit donc pas être au pouvoir des enfans » de renoncer à la Légitimation, & de priver » leur père & leur mère des droits que la Légiti- » mation accorde à ceux-ci, de même qu'il n'est » pas au pouvoir d'un père & d'une mère de priver » leurs enfans des droits que la Légitimation leur » donne «.

Il y a dans tous ces raisonnemens plus de spécieux que de solide. Trois réflexions infiniment simples vont le prouver.

1°. C'est du droit civil même que les papes ont tiré leurs décisions concernant la Légitimation par mariage subséquent. Ils n'ont dérogé à ce droit que dans un point ; savoir, en étendant ce bénéfice aux bâtards appelés *spurii*, tandis que les empereurs ne l'avoient introduit que pour les *enfans naturels*, c'est-à-dire pour les bâtards nés d'un concubinage permis, ou du moins toléré ;

& si nous avons adopté cette extension, c'est uniquement parce qu'elle est fondée sur la raison & l'équité.

2°. La décrétale *tanta* ne dit point que la Légitimation s'opère de plein droit & sans le concours de la volonté expresse ou tacite de l'enfant naturel ; elle garde là-dessus un profond silence. C'est donc par la novelle 89 que doit se décider cette question, *quia sicut leges non dedignantur sacros canones imitari, ita & sacrorum statuta canonum principum constitutionibus adjuvantur*, dit la décrétale *inteleximus, de novi operis nunciatione.*

3°. Il y a une règle de droit qui dit : *Nihil tam naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.* Il ne dépend pas d'un père d'émanciper de son propre mouvement un fils qu'il a sous sa puissance ; il faut que le fils y consente. On ne doit donc pas non plus lui accorder le droit de réduire sous sa puissance le fils qui en est exempt par l'état dans lequel il est né, lorsque celui-ci prétend demeurer libre. C'est sur ce raisonnement que Justinien lui-même fonde sa décision dans la novelle 89 : *Nam si solvere jus patriæ potestatis, invitis filiis, non permissum est patribus, multò magis sub potestatem redigere invitum filium & nolentem .... justum non est.*

En vain objecte-t-on que puisque le père ne peut pas empêcher l'effet de la Légitimation accordée par la loi aux enfans nés de lui avant son mariage, il ne doit pas non plus être au pouvoir des enfans de priver leur père des droits que la Légitimation lui donne sur leur personne & leurs biens. Cette objection ne prouve rien. Lorsqu'un homme répare par un mariage solemnel la honte du commerce illicite qu'il a eu avec une femme

libre, il eſt néceſſairement cenſé vouloir purifier la ſource dans laquelle ſes enfans ont puiſé la vie, & par conſéquent ce ſeroit de ſa part une contradiction manifeſte, que de vouloir empêcher leur Légitimation : ſa volonté doit être une, la diviſer ce ſeroit la détruire : & comme ſa déclaration de ne pas entendre légitimer ſes enfans ne l'empêche pas de ſe marier, on doit plutôt juger de ſon intention par le fait que par les paroles. Qu'on ne diſe donc pas que la Légitimation s'opère même malgré le père ; c'eſt au contraire ſa volonté qui en eſt la première cauſe, puiſque s'il ne ſe marioit pas, comme il en a la liberté, ſes enfans demeureroient toute leur vie dans la condition de bâtards.

Il y a des pays où il eſt d'uſage de mettre ſous le poêle les enfans déjà nés lors de la célébration du mariage de leur père & de leur mère, mais cette formalité n'eſt pas néceſſaire pour les légitimer : elle eſt pourtant utile, en ce qu'elle forme une reconnoiſſance que les enfans ſont nés des perſonnes mêmes qui ſe marient, & que par ce moyen elle aſſure leur état.

Cette reconnoiſſance peut encore être faite de pluſieurs autres manières ; par exemple, en rappelant les enfans déjà nés, ſoit dans le contrat de mariage, ſoit dans l'acte de célébration, ſoit dans un acte ſéparé.

Mais cette reconnoiſſance ne prouveroit rien en faveur des enfans, & le mariage ne les légitimeroit pas, ſi l'on pouvoit raiſonnablement préſumer qu'ils ne viennent pas de celui qui les reconnoît pour ſiens au moment où il épouſe leur mère. Voici une eſpèce qui s'eſt préſentée à ce ſujet au parlement de Paris.

En 1652, il naît du marquis de Termes & de Marie Laurent un bâtard que l'on baptise sous leur nom; Antoine Salnove en est le parrain.

En 1654, Antoine Salnove & Marie Laurent se font une promesse réciproque de mariage sous la foi de laquelle sont nés, à ce qu'on prétend, deux enfans mâles, mais qu'ils ont fait baptiser sous le nom du marquis de Termes, pour empêcher que leur débauche n'exposât Antoine Salnove à être déshérité par son père & sa mère.

En 1661, Antoine Salnove épouse Marie Laurent, & déclare dans le contrat de mariage que les deux enfans dont on vient de parler sont de lui. Aussi-tôt son père & sa mère se pourvoient devant l'official pour faire déclarer le mariage nul, *attendu l'alliance spirituelle* qu'avoit contractée Antoine Salnove avec sa prétendue femme en tenant sur les fonts de baptême l'enfant né d'elle & du marquis de Termes.

Dans le cours de la procédure, Antoine Salnove & sa femme sont interrogés sur le fait de savoir si celle-ci n'a point eu d'autres mauvaises habitudes. Antoine Salnove répond, que depuis le temps de son mariage il ne croyoit pas que sa femme eût eu affaire à d'autre qu'à lui, & qu'à l'égard des deux enfans qu'il avoit reconnus, il croyoit y avoir bonne part. Quant à la femme, elle dit qu'elle n'est tenue de répondre de ces faits qu'à son mari, & qu'il en sait la vérité.

Après d'autres procédures qu'il est inutile de détailler ici, & une réitération solemnelle du mariage en vertu d'une dispense du pape, sentence intervient au châtelet, qui confirme à Marie Laurent la qualité de veuve d'Antoine Salnove, & ordonne que les extraits baptistaires

des enfans nés en 1654, seront réformés sous le nom de ce dernier. Sur l'appel interjeté par les héritiers collatéraux, arrêt du 13 février 1674, conforme aux conclusions de M. l'avocat général Talon, qui, faisant droit sur le chef de la sentence qui ordonne la réformation des extraits baptistaires, met l'appellation & ce au néant, émendant, maintient les appelans en possession des biens d'Antoine Salnove; la sentence au surplus sortissant son effet.

Les motifs de cet arrêt ont été, que Marie Laurent s'étoit constamment prostituée à plusieurs, puisque le marquis de Termes en avoit eu un enfant en 1652; que les enfans nés en 1654 devoient encore être présumés du même père, puisque leurs extraits baptistaires étoient conçus en son nom; qu'enfin Antoine Salnove n'avoit pas dit dans son interrogatoire que ces enfans étoient de lui, mais seulement *qu'il y avoit eu bonne part*; ce qui signifioit que d'autres pouvoient y avoir contribué aussi bien que lui. Toutes ces circonstances réunies l'ont emporté sur la déclaration faite au contrat de mariage, & cette décision est très-judicieuse : » Car il se trouve » des hommes tellement aveuglés & abandonnés » dans le désordre, que, pour complaire à une » femme prostituée, ils adopteroient, pour ainsi » dire, par un mariage subséquent, des enfans » de toutes sortes de conjonctions; ce qui seroit » d'une dangereuse conséquence dans le public «. *Journal du palais*, *tome* 1, *page* 477.

Coquille nous donne là-dessus une règle générale : voici comme il s'explique sur la coutume de Nivernois, titre des fiefs, article 20 : » La » Légitimation par mariage subséquent, dit-il,

» désire. . . . . que la femme fût au concubinat » & en la compagnie ordinaire de l'homme, & » de telle façon qu'il ne restât que le sacrement » & dignité de mariage qu'ils ne fussent mari & » femme. §. *Quibus*, l. *de hereditatibus ab in-* » *testato*, en ces mots, *quam in contubernio ha-* » *buerit.* auth. *licet*, §. *ab intestat.* C. de natu- » ralibus liberis, in iis verbis : *quæ sola fuerit ei* » *indubitato affectu conjugata.* Suivant cela, De- » cius, consil. 153, vol. 1, dit que l'enfant » qui est né hors la maison du père, la mère » n'étant pas ordinaire en concubinat, n'est point » légitimé par le mariage subséquent, & allègue » Bartole, *in L. pen.* D. *de concubinis*; toutefois » me semble qu'il n'est pas nécessaire que la mère » fût domestique ordinaire, pourvu qu'il se prou- » vât qu'elle eût vécu sans suspicion de s'être » abandonnée à autre homme «. Cette restriction est conforme à nos usages.

Une observation importante en cette matière, est que quand il n'y a point de preuve de prostitution de la part de la femme, la déclaration du père lors de la célébration du mariage, doit prévaloir au silence ou à la fausse énonciation de l'extrait baptistaire. Ainsi par arrêt du 5 septembre 1675, rapporté au journal du palais, les enfans naturels du sieur de Beaulieu, baptisés sous le nom de leur mère seule, & par lui reconnus au moment du mariage subséquent, ont été déclarés légitimés. Un autre arrêt du 7 juin 1707, inséré dans le journal des audiences, a maintenu *un enfant légitimé par mariage subséquent en possession de son état, nonobstant les variations où étoient tombés le père & la mère lorsqu'ils l'avoient légitimé & fait baptiser.* Cette jurisprudence est

fondée sur l'équité la plus palpable. A quoi seroient réduits ces enfans malheureux que l'opprobre environne, s'ils ne pouvoient être légitimés qu'en rapportant un extrait baptistaire dans lequel seroient rappelés exactement les noms des auteurs de leurs jours ? Peu de personnes sont jalouses de faire porter publiquement leurs noms aux fruits de leurs débauches : l'intérêt qu'un père peut avoir à cacher sa foiblesse fait aisément présumer qu'il l'a réellement cachée. Il faut donc lui permettre, lorsqu'il se marie, de lever lui-même le voile dont il avoit couvert l'état de ses enfans.

SECTION TROISIÈME.

Des effets de la Légitimation par mariage subséquent.

La Légitimation par mariage subséquent ne diffère en rien de la légitimité proprement dite ; elle efface tellement la tache de la naissance d'un bâtard, qu'il n'en reste plus le moindre vestige, elle l'égale en tout à l'enfant né légitime (*) ; en sorte qu'il peut hériter de tous ses parens tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, demander une légitime dans les successions de ses ascendans, exercer un retrait lignager, &c. dans les

---

(*) Cette règle souffre une exception par rapport au cardinalat, qui, suivant la bulle de Sixte V du 3 décembre 1595, ne peut être conféré qu'à ceux qui sont nés actuellement *ex legitimis & honestis natalibus, qui nullâ prorsùs labe aut illegitimorum natalium suspicione nullo modo laborant.*

pays de droit écrit, faire casser un testament entaché du vice de prétérition, intenter la plainte d'inofficiosité, &c.

Le bâtard légitimé fait pareillement cesser la condition *si sine liberis* apposée à une substitution fidéicommissaire. Duluc rapporte un arrêt du 10 mai 1583, qui l'a ainsi jugé, & l'ordonnance de 1747 en a une disposition expresse, titre 1, article 23.

Il est compris dans une substitution faite en termes généraux au profit des enfans. C'est ce qu'a décidé un arrêt prononcé la veille de pentecôte 1558, rapporté par Chopin sur la coutume de Paris.

Le journal des audiences nous offre une autre preuve de la parfaite égalité qu'il y a entre le bâtard légitimé & l'enfant né légitime. La coutume d'Anjou défend au père & à la mère d'avantager un ou plusieurs de leurs enfans au préjudice des autres : on a demandé si dans cette coutume une fille légitimée par mariage subséquent, à qui son père n'avoit laissé que 1500 livres pour tout droit de succession, tandis que les enfans de deux mariages précédens en avoient chacun 36000, pouvoit se plaindre de cette disposition & la faire annuller. On lui opposoit le vice de sa naissance, & l'on soutenoit que sa Légitimation ne pouvoit pas la rendre habile à réclamer une loi faite uniquement pour les enfans dont l'origine a toujours été pure & décente. Mais la cour n'eut aucun égard à cette objection, & par arrêt de 30 mai 1647, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Bignon, la fille légitimée fut reçue à partager, comme si le père fût mort *intestat*.

Le bâtard légitimé par mariage subséquent révoque les donations antérieures à sa Légitimation, de même que l'enfant légitime révoque celles qui sont antérieures à sa naissance. C'est ce qu'ont jugé le grand conseil, par arrêt du 9 février 1544, cité par M. Louet; le parlement de Toulouse, par arrêt de la veille de sainte Croix 1564, rapporté par M. Maynard; & le parlement de Paris, par arrêt du 21 mars 1606, inséré dans le recueil de Montholon. L'article 39 de l'ordonnance de 1731 confirme cette jurisprudence & l'érige en loi.

Personne ne doute que le bâtard légitimé ne jouisse du droit d'aînesse sur ses frères nés du mariage qui a opéré sa Légitimation. Mais c'est une question s'il doit également en jouir sur ceux qui sont nés d'un mariage intermédiaire, c'est-à-dire, antérieur à sa Légitimation, mais postérieur à sa naissance. Cette question, dit Bouteiller, s'est autrefois présentée dans la châtellenie de Lille; *& tout vu*, *les sages coutumiers de Lille n'en osèrent déterminer à certain, & fut la cause envoyée au conseil à Paris*, *duquel conseil fut rapporté que considéré le cas, l'un frère eût autant de part au fief que l'autre, & fût ledit fief divisé en deux parties également & à chacun autant à l'un comme à l'autre.* Ce n'étoit point là décider la question, mais plutôt l'éluder.

Les auteurs qui l'ont traitée *ex professo* se sont divisés en deux classes : les uns soutiennent le parti du légitimé par mariage subséquent; les autres celui de l'enfant né du mariage intermédiaire.

On trouve dans la première classe, des jurisconsultes Italiens, Espagnols, Allemands, Fla-

mands & François. Les Italiens sont Felinus, l'abbé de Palerme, Salicet, Paul de Castres, Alciat; les Espagnols, Covarruvias, Molina, Duennas, Vasquius; les Allemands, Canisius, Asande; les Flamands, Zypæus, Gudelin, Voët; les François, le Brun, Furgole, &c.

Les raisons sur lesquelles se fondent ces auteurs, sont que le mariage subséquent produit un effet rétroactif au temps de la naissance des enfans qu'il légitime; que la fiction doit autant opérer dans les cas où elle est admise, que la vérité dans ceux où elle a lieu; que quand les coutumes parlent du fils aîné, elles entendent toujours celui dont la naissance a précédé celle de ses frères, sans distinguer s'il naît légitime ou s'il est légitimé par la suite. Si l'on objecte que la Légitimation subséquente ne peut point ôter à l'aîné du mariage antérieur le droit qui lui est acquis au préciput légal, ils répondent qu'un pareil droit ne peut point être censé acquis avant la mort du père, puisqu'il forme une partie de son hérédité, & que *viventis non est hereditas* (*).

(*) Voët appuie cette réponse d'une comparaison très-ingénieuse. *Nec movere debet*, dit-il, *quòd jus primogenituræ ita primogenito quæsitum sit, ut ne per patrem quidem auferri ei possit. Nam & legitimæ portionis jus ita liberis debitum est, ut parentibus ejus adimendæ licentia haud competat; neque tamen id impedit quominùs illud filio fortè unigenito ex justis nuptiis diminuat admodùm atque extenuet ubi concubinam in uxorem ducit, atque ita ad jus legitimorum liberorum traducit numerosam fortassè prolem ex eâ natam. Ne dicam jus primogenituræ tolli quidem primogenito non posse per paternam dispositionem, sed quis ille sit qui jure primogenituræ gaudere debet, ex eo tempore quo successio defertur dijudicandum esse.*

Les partisans de l'opinion contraire sont, en Italie, Jean André, Antoine de Rossellis, Pierre *de Cuneo*, Balde; en Espagne, Cœvallos, Caldas, Gomez, Cavalcanus; en Allemagne, Jérôme Schurff, Henri de Rosenthal, Nicolas Myler; dans les Pays-Bas, Antoine Matthieu, Pierre Boort, Paul Christin; en France, Dumoulin, Godefroy, Tiraqueau, Carondas, Legrand, Brodeau, Auzanet, Ferriere, Basnage, M. Daguesseau, Maillart, le Maître, Pothier, Bourjon, Me. le Camus d'Houlouve, &c.

Ce sentiment a été confirmé par arrêt du grand conseil de Malines, si l'on en croit Paul Christin, & il est sans contredit plus juridique que l'autre. Il est vrai que le bâtard légitimé est venu au monde avant les enfans du premier mariage; mais il n'est entré dans la famille qu'après eux. » L'âge seul, dit le Maître, ne fait pas l'aîné, » mais la capacité de succéder, jointe à la priorité » de la naissance; & comme l'aîné du mariage » intermédiaire a le premier réuni en sa personne » ces deux qualités, il est cet aîné à qui la cou- » tume défère les avantages de l'aînesse « (*).

D'ailleurs le bâtard légitimé doit nécessairement

(*) M. Tiraqueau développe parfaitement cette idée; voici comme il s'exprime : *Licet naturalis sit prior natura, tamen est jure posterior; quia naturale & civile vinculum ex quibus constat successio, reperiuntur priùs in legitimè nato quàm in legitimato : at quoties duo requiruntur ad jus quodpiam consequendum, is potior est in cujus personâ ea duo priùs reperiuntur, quamvis unum in alio priùs fuerit*, per L. quoties C. de rei vindicatione, *ubi cùm duo requiruntur ad translationem dominii, videlicet titulus & traditio, certè is præfertur in cujus personâ utrumque adimplementum reperitur, licet titulum posteriorem habeat.*

être

être réputé enfant du second mariage, car il seroit absurde de le feindre né d'un autre mariage que ses frères germains dont la naissance est postérieure à la bénédiction nuptiale qui l'a légitimé : or est-il possible de supposer qu'un enfant du second mariage soit l'aîné de ceux du premier ?

A ces raisons tirées des principes du droit, ajoutons-en une que la simple équité nous suggère. Lorsque le père s'est marié pour la première fois, il ne pensoit certainement pas à former dans la suite des nœuds qui pussent légitimer son fils naturel. La décence, la sainteté du mariage, la loi même, ne permettent pas de supposer qu'il ait pu avoir dès lors une pareille idée. On peut donc dire que sa première femme l'a épousée dans l'espérance que ses enfans à naître jouiroient de toutes les prérogatives que la loi donne aux aînés : or cette espérance qui a fait virtuellement partie des conditions sous lesquelles ce premier lien a été contracté, peut-il dépendre du père de l'éluder par un second mariage ?

On oppose l'effet rétroactif du mariage subséquent au temps de la naissance du bâtard légitimé. Mais, 1°. il ne se fait jamais de rétroaction au préjudice d'un tiers, parce que la rétroaction n'est qu'une fiction, & qu'une fiction ne peut jamais l'emporter sur la vérité ; *ne imagine naturæ veritas adumbretur*, dit Papinien dans la loi 23, D. *de liberis & posthumis*. C'est sur ce fondement qu'un arrêt du parlement de Normandie, rendu en 1614, & rapporté par Bérault, a jugé que des enfans nés légitimes ne devoient pas faire part à leur frère légitimé d'une succes-

ſion dont l'échéance étoit antérieure au mariage ſubſéquent qui avoit produit la Légitimation.

2°. Pour donner dans notre eſpèce un effet rétroactif au ſecond mariage, il faudroit ſuppoſer que le père a eu deux femmes à la fois, ce qui ſeroit auſſi abſurde qu'indécent. Il n'y a certainement rien à répondre à cette raiſon.

L'opinion que nous venons d'établir admet cependant une exception; c'eſt que quand il n'eſt iſſu que des filles du mariage intermédiaire, le mâle légitimé doit avoir le droit d'aîneſſe à leur excluſion; mais ce n'eſt pas en vertu d'un effet rétroactif de ſa Légitimation à ſa naiſſance, c'eſt par la règle de droit coutumier, qui défère le droit d'aîneſſe au mâle du ſecond lit, lorſqu'il n'y a que des filles du premier.

On demande ſi dans les coutumes de Bourbonnois, de Bretagne & autres ſemblables, qui excluent de la ſucceſſion toute fille mariée, dotée & apanée, une bâtarde dotée comme telle, peut ſuccéder après ſa Légitimation. Elle le peut, répond le Brun, parce qu'elle a été mariée avec la qualité de fille naturelle, & que ſi ſon père l'avoit mariée comme légitime, ou il lui auroit conſtitué une plus grande dot, ou il l'auroit réſervée & rappelée, ce qu'il ne pouvoit pas faire en la mariant dans l'état de bâtardiſe. La ſeule objection que l'on puiſſe oppoſer à cette réſolution, eſt de dire, que la Légitimation ayant un effet rétroactif, cette fille doit être ſuppoſée née & à plus forte raiſon mariée avec la qualité de légitime. Mais il eſt de principe que l'on ne doit jamais tourner contre nous ce qui a été introduit en notre faveur : or l'effet rétroactif de la Légitimation eſt établi pour l'avantage du légitimé,

on ne peut donc pas le faire valoir à son préjudice. D'ailleurs il est certain que le père en mariant sa fille naturelle, n'a pas pu avoir pour elle les sentimens d'un père légitime : conséquemment pour donner à la fille cette pleine restitution que produit la Légitimation, il faut nécessairement l'admettre à la succession.

Peut-on dire *vice versâ* que la fille dotée comme légitime ne doit pas être exclusе par des enfans naturels qui depuis la constitution de sa dot ont été légitimés par un mariage subséquent ? Le Brun décide que non, sur le fondement que le père avoit pour elle les sentimens d'un père légitime lorsqu'il l'a mariée, & qu'il est censé avoir d'autant plus augmenté sa dot, qu'il n'avoit point alors d'autres enfans légitimes. Mais, peut-on objecter, il l'auroit réservée s'il avoit cru devoir légitimer ses enfans naturels. La réponse se trouve dans un principe consacré par les coutumes dont il s'agit ; c'est que la fille dotée n'est pas moins exclusе par les enfans qui naissent après son mariage, que par ceux qui sont déjà nés en ce temps. La différence de cette espèce d'avec la précédente, est très-sensible. Dans l'une il est constant que le père en mariant sa fille comme naturelle, n'a pas voulu la légitimer, & n'a pas prévu qu'il dût le faire. Dans l'autre, au contraire, le père qui marie sa fille légitime peut aisément prévoir qu'il lui naîtra des enfans mâles, ou qu'il légitimera ceux qui lui sont déjà nés : ainsi il témoigne assez, en ne la réservant pas, qu'il veut absolument la restreindre à ce qu'il lui donne.

§. VI. *Sixième espèce de Légitimation, lettres du Prince.*

C'est à l'empereur Justinien que l'on doit l'introduction de cette espèce de Légitimation : le chapitre 2 de sa novelle 74 est le plus ancien texte qui en fasse mention (*).

Cette matière nous présente des objets très-intéressans à discuter. Pour le faire avec ordre, nous examinerons, 1°. à qui appartient le pouvoir de légitimer par lettres : 2°. quelles sont les conditions requises pour la validité de cette espèce de Légitimation : 3°. quels sont les effets qu'elle produit.

SECTION PREMIÈRE.

A qui appartient le pouvoir de légitimer par lettres ?

Cette question en renferme deux. Est-ce dans la puissance ecclésiastique ou dans la puissance temporelle que réside le droit de légitimer par

(*) Voici ce qu'il porte : *Sit igitur licentia patri matrem in priori statu relinquenti . . . . etiam sic providere filiis, & offerre Imperatori precem hoc ipsum dicentem, quia vult naturales suos filios restituere naturæ & antiquæ ingenuitati & legitimorum juri, ut sub potestate ejus consistant, nihil à legitimis filiis differentes : & hoc facto exindè filios fructali solatio, & neque fraudare posse patrem, & celantes matrem & jus legitimorum abjicere. Uno enim hoc modo omnibus ejusmodi naturæ excessibus & ab inventionibus, in iis qui legitimos non habent filios, medemur, ita brevi solatio tantum naturæ impetum corrigentes.*

lettres ? C'eſt la première queſtion. Suppoſé que l'une & l'autre jouiſſent concurremment de ce droit, quel eſt le degré d'autorité auquel il faut être élevé, ſoit dans l'égliſe, ſoit dans l'état, pour pouvoir l'exercer valablement? C'eſt la ſeconde.

Première queſtion. Un principe bien ſimple écarte de cette matière toute eſpèce de difficultés. Le ſacerdoce & l'empire ſont deux puiſſances indépendantes l'une de l'autre : ſéparées par des limites reſpectives, la première n'a aucune autorité ſur le temporel, la ſeconde eſt ſans pouvoir par rapport au ſpirituel. Ainſi s'agit-il de légitimer un bâtard pour les effets canoniques, c'eſt-à-dire pour l'habiliter à poſſéder des bénéfices, à être promu aux ordres ſacrés? c'eſt au ſacerdoce qu'en appartient le droit. Eſt-il queſtion au contraire d'une Légitimation à laquelle on veut faire produire des effets civils, tels que la capacité de ſuccéder, l'habilité à recevoir des legs ou des donations conſidérables? c'eſt au prince temporel qu'il faut avoir recours.

C'eſt ce qu'établit formellement le chapitre 15, aux décrétales, *qui filii ſint legitimi.* En voici l'eſpèce. Guillaume, ſeigneur de Montpellier, ayant eu pendant ſon mariage avec Mathilde des enfans adultérins d'Agnès ſa concubine, s'adreſſa au pape Innocent III, par l'entremiſe de l'archevêque d'Arles, pour obtenir de ſa ſainteté un reſcrit de Légitimation de ſes enfans adultérins, avec la clauſe de lui pouvoir ſuccéder *in temporalibus.* Pour parvenir plus facilement à ſon but, il inſinua dans ſa ſupplique que l'égliſe pouvoit accorder juridiquement cette grâce ; ce qu'il appuya de deux raiſons : la première, que le pape ayant le droit de légitimer pour les effets

ſpirituels, devoit à plus forte raiſon avoir celui de légitimer pour les effets civils, *cùm monſtroſum videri poſſet, ut qui legitimus ad ſpirituales fieret actiones, circà ſæculares actus illegitimus remaneret.* La ſeconde raiſon étoit l'exemple tout récent du roi Philippe-Auguſte, qui venoit d'obtenir du même pontife la Légitimation des enfans qu'il avoit eus de la fille d'un roi de Bohême, ou, ſelon d'autres, d'un duc de Moravie, pendant ſon mariage avec Ingeberge. Mais quoique ces raiſons flattaſſent l'autorité de la cour de Rome, Innocent III, trop éclairé pour n'en pas ſentir le ſophiſme, répond à la première, que cela pouvoit avoir lieu dans les terres dont il étoit à la fois le prince temporel & le chef eccléſiaſtique : qu'à l'égard de la ſeconde, le roi Philippe Auguſte ne reconnoiſſant aucun ſupérieur temporel, avoit pu, ſans faire tort à perſonne, recourir volontairement au ſaint-ſiége pour faire légitimer ſes enfans quant aux effets civils ; mais qu'il n'en étoit pas de même du ſeigneur de Montpellier, lequel étant ſoumis à la domination du roi, ne pouvoit, au préjudice de ſon ſouverain, demander cette Légitimation à une puiſſance étrangère. En conſéquence Innocent III lui déclare qu'il ne peut lui accorder la grâce dont il s'agiſſoit : *petitioni tuæ non duximus annuendum.*

Cette déciſion a été confirmée par une bulle du premier janvier 1562, dans laquelle Pie IV reconnoît que c'étoit par abus qu'il étoit ſorti de la chancellerie Romaine pluſieurs reſcrits de Légitimation *ad temporalia.* Voici l'intitulé de cette déclaration : *Revocatio Legitimationum naturalium, ſpuriorum, ac facultatum legitimandi in præjudicium vocatorum ex fidcicommiſſo aut teſtamento, vel quâvis aliâ diſpoſitione.*

Ces paroles, *facultatum legitimandi*, nous font voir que les papes, au lieu d'exercer eux-mêmes le droit qu'ils s'arrogeoient quelquefois de légitimer quant aux effets civils, accordoient à certains particuliers des brefs portant pouvoir d'expédier eux-mêmes, comme vicaires du saint-siége, les rescrits de Légitimation qui leur seroient demandés.

Papon rapporte à ce sujet un arrêt bien remarquable : » Jean Navat, chevalier & comte » palatin, fut condamné par arrêt de Tholose » prononcé le 25 de mai 1462, à faire amende » honorable & demander pardon au roi, pour » les abus par lui commis en octroyant en France » Légitimations, notariats & autres choses dont » il avoit puissance du pape, contre l'autorité du » roi : & fut le tout déclaré nul & abusif «.

L'exemple de Philippe-Auguste rapporté dans la décrétale 13, *qui filii sint legitimi*, ne prouve pas qu'un roi ne peut légitimer lui-même ses enfans naturels, & que pour les rendre capables des effets civils de la légitimité il est obligé de s'adresser au pape. C'est ce qu'observe Cujas sur cette décrétale, & la raison en est qu'un roi a par rapport à ses enfans la double qualité de souverain & de père. Innocent III incline lui-même pour cette résolution, quoiqu'il semble parler par l'opinion d'autrui, *videtur aliquibus quod rex potuit, non tanquàm pater inter filios, sed velut princeps inter subditos, super hoc dispensare*, ce qu'il autorise lui-même de cette raison, *quia rex Franciæ in temporalibus superiorem non recognoscebat.*

Les successeurs de Philippe-Auguste, plus éclairés que lui sur les véritables droits de leur sou-

veraineté, n'ont pas fait difficulté d'accorder eux-mêmes à leurs enfans naturels les lettres de Légitimation dont ils avoient besoin pour les effets civils. Parmi les monumens que l'on trouve à ce sujet dans les regiſtres du parlement de Paris, on remarque les lettres-patentes du mois d'avril 1599, du mois de janvier 1603, du mois de janvier 1608, du mois de mars de la même année, du mois de février 1669, du mois de décembre 1673, du mois de janvier 1676, du mois de janvier 1680, du mois de novembre 1681, & du mois de mars 1684.

Le principe que le pape ne peut pas légitimer un bâtard pour les effets civils, eſt ſi conſtant parmi nous, que l'on ne tolère pas même les clauſes de Légitimation que les officiers de la daterie ajoutent quelquefois aux lettres de diſpenſe de parenté. La ſuperfluité de ces clauſes n'en couvre pas l'abus, mais cet abus n'empêche pas l'effet de la Légitimation, qui s'opère de plein droit par le mariage ſubſéquent. Ces deux points ont été ainſi jugés par les arrêts des 4 juin 1725 & 11 août 1738, cités plus haut.

Deuxième queſtion. Il eſt d'uſage dans l'égliſe que les lettres de Légitimation pour recevoir les ordres ſacrés & poſſéder des bénéfices à charge d'ames, s'accordent par le pape ſeul, & que celles qu'on obtient pour recevoir les ordres mineurs & poſſéder des bénéfices ſimples, peuvent auſſi s'accorder par les évêques. C'eſt ce qu'établit Boniface VIII dans le chapitre *is qui, de filiis presbyterorum* (*).

(*) *Is qui defectum patitur natalium, ex diſpenſatione epiſcopi licitè poteſt (ſi ei aliud canonicum non obſiſtat,)*

Dans l'ordre temporel, le pouvoir de légitimer n'appartient qu'aux princes souverains. Les auteurs de tous les pays n'ont qu'une voix sur ce point. Il est vrai qu'en Allemagne les comtes Palatins jouissent aussi de ce droit, mais c'est uniquement par concession de l'empereur.

Par arrêt du conseil du 31 mars 1704, il a été fait défenses aux comtes Palatins de Strasbourg, d'accorder à l'avenir des lettres de Légitimation; celles qu'ils avoient données jusqu'alors ont été confirmées, & il a été déclaré expressément que le droit de légitimer étoit un droit de souveraineté.

On demande si des lettres de Légitimation accordées par un souverain à un de ses sujets, peuvent étendre leur effet dans une domination étrangère. Dumoulin, Voët & Boullenois décident que non (*).

Les Pays-Bas ont là-dessus une loi expresse.

---

ad ordines promoveri minores & obtinere beneficium cui cura non imminet animarum, dummodò sit tale super quo per ipsum episcopum valeat dispensari. Ad ordines quoque majores vel beneficia curam animarum habentia, super quibus nequit episcopus dispensare, sine dispensatione sedis apostolicæ promoveri non potest.

(*) *Coarctantur territorio*, dit le premier, *quia nunquam conceduntur in formâ plenæ restitutionis natalium, sed potiùs dispensativè, saltem cum clausulis modificativis. Tot locis*, dit le second, *impetranda est Legitimatio quot principibus supremis subsunt immobilia legitimandi bona. Eo quòd principis cujusque propter commoda ex successionibus illegitimè natorum fisco ipsius sperata interest, ne propter tributam ab alio principe Legitimationem ipse sine suo facto illa fraudaretur successionis spe.* Enfin, ajoute Boullenois, ces sortes de Légitimations privilégiées, *non dantur personæ respectu ipsius, sed respectu alicujus rei particularis.*

Voici ce que porte l'article 10 du placard des archiducs Albert & Isabelle, du 14 décembre 1616 : » Et d'autant qu'aucuns sujets ne pou-
» vant méritoirement demander ni attendre de
» leur prince naturel la dignité & titre d'hon-
» neur qu'ils affectent hors de leur portée, les
» vont rechercher d'autres princes étrangers en
» préjudice des droits de notre souveraineté,
» hauteur & prééminence. . . . . . Nous dé-
» clarons très-expressément que nul vassal ou
» sujet nôtre se pourra aider ou prévaloir en
» nosdits Pays-Bas d'aucune Légitimation. . . .
» à peine que lesdits titres seront effacés & tracés
» par autorité publique, & les trangresseurs con-
» damnés en l'amende de deux cents florins «.

Nous trouvons dans MM. Dulaury & Grivel deux arrêts fort remarquables sur cette matière; l'un est du grand conseil de Malines; l'autre du parlement de Dole. Dans l'espèce du premier, Jean Campart né à Mons-Saint-Winock, s'étant retiré en Allemagne avec une fille naturelle qu'il avoit eue d'une femme d'Anvers, y obtint pour elle des lettres de Légitimation d'un comte Palatin, avec la clause de succéder. Après sa mort, Marguerite Campart (c'étoit le nom de cette fille) se pourvut au conseil provincial de Gand, pour avoir payement des arrérages de quelques biens que son père avoit laissés en Flandres. Les héritiers collatéraux s'opposèrent à sa demande sur le fondement que la Légitimation dont elle se prévaloit ne pouvoit être d'aucun effet hors de l'Empire. La fille répliqua que cette raison auroit pu la faire déclarer non-recevable si elle avoit prétendu succéder au fonds même des biens dont il s'agissoit, mais qu'elle bornoit

ſa demande aux arrérages échus avant la mort de ſon père, leſquels étant mobiliers devoient être conſidérés comme exiſtans dans le lieu où le défunt étoit domicilié. Les collatéraux répondirent qu'à la vérité les dettes actives ſont ordinairement cenſées exiſter au domicile du créancier, mais que cette règle admet une exception dans tous les cas où il s'agit d'empêcher un prince étranger d'étendre ſes grâces & ſes privilèges hors de ſa domination, & au préjudice du ſouverain du débiteur. Sur ces raiſons, le conſeil de Gand déclara Marguerite Campart non-recevable & mal fondée dans ſa demande, & la cauſe ayant été portée par appel au grand conſeil de Malines, il intervint arrêt du 11 octobre 1631, qui confirma la ſentence avec amende & dépens.

Dans l'eſpèce de l'arrêt rapporté par M. Grivel, il s'agiſſoit de ſavoir ſi des lettres de Légitimation accordées par Charles-Quint en ſa qualité d'empereur, pouvoient avoir effet dans le comté de Bourgogne. La raiſon de douter étoit que cette province ſe trouvoit alors ſous la domination de ce prince. Tout acte, diſoit-on, émané d'une puiſſance qui réunit deux qualités, doit être cenſé fait en vertu de celle dont il doit tirer toute ſa force, parce que dans le doute il faut toujours admettre l'interprétation qui tend à confirmer un acte, & rejeter celle qui aboutiroit à le faire annuller. C'eſt la diſpoſition textuelle de la loi D. *de rebus dubiis*. Nonobſtant ces raiſons, dit M. Grivel, le parlement a jugé que la Légitimation dont il s'agiſſoit ne pouvoit étendre ſes effets hors des limites de l'Empire, parce que

Charles-Quint n'avoit pas pris dans les lettres le titre de comte de Bourgogne, & que d'ailleurs ces lettres n'avoient pas été enregiſtrées dans les tribunaux du pays. Cet arrêt a été rendu le 11 ſeptembre 1602.

Section seconde.

Quelles ſont les conditions requiſes pour la validité de la Légitimation par lettres ?

La première de ces conditions eſt, ſuivant la novelle 89, chap. 15, que les enfans ſoient ſimplement naturels, c'eſt-à-dire, nés d'une concubine avec qui le père auroit pu ſe marier dans le temps de leur conception : *Omnis qui ex complexibus aut nefariis, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit, iſte neque naturalis nominatur. . . . . neque habebit quoddam ad preſentem legem participium.*

Il y a un placard des états généraux de Hollande du 18 mars 1656, qui déclare, conformément à ce texte, qu'il ne ſera point accordé de lettres de Légitimation aux bâtards inceſtueux.

» Mais quelque juſte que ſoit cette règle, dit » M. Dagueſſeau, l'uſage (de France) a prévalu, » & tous les jours on obtient des lettres du » prince pour légitimer des bâtards adultérins. » On a même commencé par le chevalier de » Longueville à légitimer des bâtards ſans nommer leur mère «.

Cet uſage n'a rien de contraire aux principes, & il eſt appuyé ſur la juriſprudence des cours ſouveraines.

Il n'eſt point contraire aux principes, parce

que le prince étant au dessus des loix civiles, peut sans contredit en dispenser. En vain opposeroit-on avec quelques docteurs Italiens, tels que Balde, Paul de Castres & Curtius, que la Légitimation est une image du mariage, & que par conséquent elle ne peut avoir lieu dans les cas où le père & la mère étoient incapables de se marier ensemble au temps de la conception des enfans. Il suffit de répondre que dans l'ordre de la nature tous les enfans naissent égaux; que la distinction des bâtards d'avec les légitimes n'a été introduite que par les loix civiles; qu'ainsi rien n'empêche le souverain d'y déroger, lorsqu'il le trouve à propos.

Nous ajoutons que cet usage est approuvé par les arrêts des cours souveraines. En effet, par » arrêt de Paris de l'an 1551, ès arrêts du samedi » *de librâ*, fut reçue & homologuée Légitimation » obtenue du roi pour un bâtard conçu en adul- » tère, dont plusieurs s'ébahirent pour le mauvais » exemple qui en sort, à raison de l'adultère par- » tout & toujours odieux «. C'est ainsi que s'explique Papon, livre 21, titre 3, n. 8. Il y a aussi dans le journal du Palais un arrêt de la chambre des comptes de Provence, du 6 juin 1676, qui déboute les héritiers présomptifs de Gaspard Honoré de l'opposition par eux formée à l'entérinement des lettres de Légitimation qu'il avoit obtenues pour Françoise Blanc, sa fille naturelle adultérine.

Mais pour que des lettres de Légitimation accordées à des bâtards adultérins ou incestueux ne soient pas regardées comme subreptices, il faut que la qualité des enfans ait été exposée dans la supplique. Tous les auteurs conviennent de

cette régle, & elle a été confirmée par un placard de Charles-Quint donné à Bruges le 21 octobre 1541. » Lettres de Légitimation, porte cette loi, » ne seront octroyées pour bâtards engendrés par » gens d'église ou de religion, ni aussi par gens » lais constant leur mariage, ne fût par notre » exprès consentement ou de grâce spéciale «.

On a mis en question si des lettres de Légitimation accordées à un enfant adultérin ou incestueux, sous la qualité générale de bâtard né *ex nefario coitu*, peuvent produire leur effet? Balde, Jean André, Decius & Jean-Antoine de S. George soutiennent l'affirmative sur le fondement de ce brocard, *cogitatum in generale refertur ad specialia.* Mais Antoine de Butrio, Covarruvias & Fachini ont embrassé l'opinion contraire, & l'on peut dire que M. Daguesseau s'est rangé de leur parti. Tous les principes sont certains, dit ce magistrat dans son vingt-cinquième plaidoyer; tout ce qui peut retarder une grâce & en rendre l'impétration plus difficile, doit être exprimé. Le silence est un crime qui rend la grâce nulle par le vice de la subreption. » Nous savons encore, continue M. Daguesseau, que lorsqu'il s'agit de rendre un bâtard » capable d'entrer dans l'état ecclésiastique, il est » absolument nécessaire d'exprimer la véritable » qualité de ceux qui lui ont donné la naissance; » que la grâce du pape doit être proportionnée à » la grandeur du crime; que plus il est odieux » dans la personne du père, plus il doit être difficile d'en effacer la tache dans la personne des » enfans «.

Une autre question non moins intéressante est de savoir si un bâtard né d'un double adultère, c'est-à-dire de deux personnes mariées chacune

de leur côté, eſt valablement légitimé lorſque la ſupplique l'a ſimplement qualifié d'enfant adultérin ? Oldradus, Albéric, Jean-Antoine de Saint-George, Decius & Covarruvias répondent que la Légitimation eſt ſubreptice, & ils en donnent une raiſon qui paroît ſans replique. On regarde, diſent-ils, comme nulle toute grâce qui a été accordée ſans que le prince eût été inſtruit des circonſtances qui auroient rendu la conceſſion plus difficile. Or, dans l'eſpèce propoſée, le prince a pu croire que l'adultère n'avoit été commis que d'un côté, & il eſt très-probable qu'il auroit fait plus de difficulté d'accorder la Légitimation, s'il avoit ſu que l'enfant devoit le jour à une double violation de la foi conjugale.

Angelus & Fachini objectent qu'il ne ſe commet jamais d'adultère proprement dit, de la part d'un homme; qu'ainſi en expoſant au prince que le bâtard dont on demande la Légitimation eſt adultérin, on fait ſuffiſamment entendre que ſa mère a violé, pour lui donner la vie, le ſerment qui la lioit à ſon époux.

Cette objection eſt fondée ſur un faux principe. Il eſt vrai que dans le droit Romain il ne ſe commettoit d'adultère que quand une femme mariée s'abandonnoit à un homme, ſoit marié, ſoit libre (*). Mais dans nos mœurs, le commerce qu'a un homme marié avec une fille libre, n'eſt pas moins adultérin que celui qu'a un homme libre avec une femme mariée. Conſéquemment il y a double adultère lorſque les deux parties ſont

---

(*) *Propriè adulterium in nuptâ committitur, propter partum ex altero conceptum compoſito nomine*, dit la loi 6, §. 1, D. *ad legem Juliam de adulteriis.*

engagées dans les liens du mariage ; & comme le crime eſt plus grave dans ce cas que dans celui où l'une d'elles eſt libre, on ne doit point douter que le défaut d'avoir exprimé cette circonſtance dans la ſupplique, ne rende les lettres de Légitimation ſubreptices. S'il en étoit autrement, on ne pourroit pas regarder les bâtards nés d'un homme marié & d'une femme libre, comme adultérins, ni par conſéquent comme incapables d'être légitimés par mariage ſubſéquent ; ce qui néanmoins a été condamné par pluſieurs arrêts rapportés ci-deſſus.

Les enfans naturels d'un ſimple clerc tonſuré, poſſeſſeur de bénéfices ſimples, peuvent être légitimés ſans expreſſion de la qualité de leur père. C'eſt ce qu'a établi M. Dagueſſeau dans la cauſe du chapitre de ſaint Hilaire de Poitiers, contre le ſieur Faveau. » Il eſt inutile, ce ſont ſes termes, » de comparer ici le mariage ſpirituel avec le lien » du mariage. Cette fiction des canoniſtes n'a » lieu qu'à l'égard des bénéfices auxquels les eccléſiaſtiques ſont tellement attachés, qu'ils ne » peuvent ni en poſſéder de ſemblables, ni les » quitter ſans que l'égliſe deſtituée du ſecours de » ſon paſteur, ſoit conſidérée comme veuve. On » n'a jamais étendu cette fiction aux bénéfices » ſimples, tels que ceux que poſſédoit le père » de l'intimé ; il n'y a donc point de ſubreption » dans la diſpenſe «.

La ſeconde condition que demande l'empereur Juſtinien pour la validité de la Légitimation par lettres, eſt que le père n'ait point d'enfans légitimes, n'étant pas juſte que les fruits de la débauche la plus criminelle ſoient introduits dans une famille, pour y être confondus avec les fruits d'une

d'une union pure & ſainte. Le chapitre 2 de la novelle 74, & le chapitre 9 de la novelle 89, ſont très-précis là-deſſus. On convient cependant que la Légitimation dans le reſcrit de laquelle il ſeroit fait mention que le père a des enfans légitimes, ſeroit valable (*). C'eſt le ſentiment de Ferrière ſur Guypape; de Serres, en ſes inſtitutions au droit François; de Gilkenius, ſur la loi *Gallus*, D. *de liberis & poſthumis*; de Voët, ſur le titre *de concubinis*, au digeſte, &c.

On demande à cette occaſion ſi des lettres de Légitimation obtenues par un père qui n'a point d'autres enfans que des bâtards, deviennent caduques par la ſurvenance d'enfans légitimes, ou en d'autres termes, ſi la Légitimation par reſcrit eſt ſujette à la loi *ſi unquàm*, dont la diſpoſition a été confirmée par l'article 39 de l'ordonnance de 1731.

Les auteurs qui ont adopté l'affirmative, tels que Cynus, Paul de Caſtres, Oldradus, Angelus, Corneus, Benedicti, Bourjon, ſe fondent principalement ſur cinq raiſons.

1°. Diſent-ils, la Légitimation eſt une eſpèce de donation; c'eſt ſous ce point de vue que la conſidère l'authentique *item ſine*, au code *de naturalibus liberis*, lorſqu'elle dit *& principis & legis dono fiant heredes.*

2°. Si le père avoit cru avoir des enfans légitimes, il n'auroit eu garde de faire légitimer ſes enfans naturels. Or, c'eſt cette raiſon qui ſert de

(*) Cette mention ne ſeroit pas néceſſaire dans des lettres de Légitimation *ad ſpiritualia*, parce que les enfans légitimes ne peuvent avoir aucune eſpèce d'intérêt de s'oppoſer à leur exécution.

fondement à la révocation des donations par la loi *ſi unquàm*.

3°. Nous voyons dans la loi 43, D. *de vulgari & pupillari ſubſtitutione*, que la faculté accordée au père par reſcrit du prince, de ſubſtituer exemplairement à ſon fils imbécille ou furieux, étoit révoquée par la naiſſance d'un enfant qui ſurvenoit à celui-ci. Il en doit donc être de même de la Légitimation faite par un ſemblable reſcrit du prince.

4°. Si le père avoit fait légitimer ſon fils naturel, pendant qu'il en avoit de légitimes, la Légitimation ſeroit nulle, aux termes des textes rapportés ci-deſſus. La ſurvenance d'enfans légitimes doit donc la rendre caduque, puiſqu'en ce cas la grâce du prince eſt venue *ad caſum à quo incipere non poteſt*.

5°. La Légitimation ſeroit nulle ſi dans le reſcrit qui l'accorde il n'étoit pas fait mention des enfans que le père a d'un mariage légitime, quand même il les croiroit morts ou qu'il en ignoreroit la naiſſance. Il en doit donc être de même lorſqu'il ſurvient des enfans auxquels le père, ni le ſouverain n'ont pas penſé lors de l'obtention des lettres.

L'opinion contraire eſt ſuivie par Romanus, Antoine de Butrio, Bartole, Balde, Jaſon, Alexandre, Decius, Gomez, Gaill, Voët, Coquille, Dumoulin, Bacquet, Furgole, & elle a été confirmée par un arrêt du parlement de Bordeaux du 14 août 1565, cité par Brodeau ſur M. Louet. M. Tiraqueau rapporte huit raiſons pour appuyer ce ſentiment.

1°. La Légitimation par lettres ayant été conſommée dans un temps où elle pouvoit l'être

utilement, elle ne doit pas être révoquée par un évènement qui en auroit empêché la conceſſion. *Non eſt novum ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt durent, licet ille caſus extiterit à quo incipere non poſſunt*, dit la loi 85, §. 1, D. *de regulis juris*, ce qui a lieu ſur-tout lorſqu'il réſulte de l'acte fait en temps utile un droit acquis pour quelqu'un.

2°. La Légitimation étant accordée aux enfans à la ſollicitation du père, ne peut pas leur être ôtée par ſon fait, c'eſt-à-dire par ſon mariage ou les enfans qui en naiſſent.

3°. Si la Légitimation pouvoit être révoquée par la ſurvenance d'enfans légitimes, il s'enſuivroit qu'une même perſonne ſeroit légitime pendant un temps, & bâtarde dans un autre; ce qui eſt contradictoire.

4°. Nous voyons dans la loi 5, C. *de ſuis & legitimis heredibus*, que la ſurvenance d'enfans légitimes ne révoquoit point l'adoption chez les Romains, quoique régulièrement il ne fût point permis d'adopter quand on avoit des enfans légitimes, comme le prouve la loi 17, §. 3, D. *de adoptionibus*.

5°. L'affranchiſſement des eſclaves n'étoit pas ſujet à la loi *ſi unquàm*. Or, la Légitimation & l'affranchiſſement ſont deux actes très-analogues entre eux; on les comprend même l'un & l'autre ſous la dénomination générique de *reſtitutio natalium*.

6°. La loi *ſi unquàm* a pour fondement la volonté préſumée du père. Or, un père eſt cenſé avoir autant d'affection pour ſes enfans naturels que pour ſes enfans légitimes; il n'eſt donc pas permis de penſer que la naiſſance de ceux-ci lui inſpire l'idée de faire tomber ceux-là dans l'état de

bâtardise, dont il les a tirés par la Légitimation.

7°. La survenance d'enfans légitimes ne révoque point la Légitimation par mariage subséquent ; elle ne doit donc pas non plus révoquer la Légitimation par lettres, puisque suivant la novelle 74, chapitre 2, les légitimés de cette dernière façon ne diffèrent en rien des enfans légitimes, ni par conséquent des légitimés par mariage.

8°. Si la Légitimation par lettres pouvoit être révoquée par la survenance d'enfans légitimes, ce ne pourroit être qu'en vertu d'une condition sous-entendue lors de l'obtention du rescrit. Or, la Légitimation ne peut jamais être conditionnelle, la loi 77, D. *de regulis juris* le prouve clairement : on ne peut donc pas supposer ici de condition tacite, parce qu'elle seroit contre la nature de l'acte.

Il y a dans toutes ces raisons un mélange de solide & de frivole. Il vaut mieux dire avec Furgole, en sa question 18 sur l'ordonnance de 1731, » que la loi *si unquàm* ne parle que de la donation de tous les biens, ou d'une partie des facultés, *bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus.* Or, continue cet auteur, la Légitimation n'est pas une libéralité de tous les biens, ni d'une partie, ce n'est qu'un simple changement d'état que le père procure à ses enfans par le bénéfice du prince, & par conséquent la Légitimation n'est point contenue expressément ni implicitement dans la loi *si unquàm* : 1°. parce qu'elle n'est pas une donation : 2°. qu'elle n'est pas une libéralité des biens ni d'une partie : 3°. qu'elle ne vient pas du père, car il ne fait que la solliciter, mais bien de la bonté du prince : elle ne doit donc pas être révoquée

» par la loi *si unquàm*, d'autant que cette loi, qui » est exorbitante, ne doit pas être étendue hors » du cas de la donation de tous les biens, ou de » partie des facultés du donateur ; ce qui ne peut » point convenir à la Légitimation émanée de » l'autorité du prince, laquelle Légitimation, aux » termes de l'authentique *item sine*, C. *de naturalibus liberis*, n'est pas une donation du père, » mais un bienfait du prince & de la loi, *principis & legis dono*. Que si la Légitimation est » une voie à la succession du père, cela ne peut » pas la faire regarder comme une donation, » puisque tout l'avantage ne consiste qu'en une » simple espérance, dont le père peut priver son » fils légitime, & qui est bien différente d'une » donation actuelle, qui acquiert un droit certain » au donataire du moment de la donation. On » peut donc assurer indistinctement que la Légi- » timation n'est point révoquée par la survenance » des enfans légitimes «.

La troisième condition requise pour la Légitimation par lettres, est que le père ne puisse pas épouser la mère de ses enfans naturels ; il faut pour cela une impossibilité physique, comme si cette femme étoit morte ; ou morale, comme si elle s'étoit rendue indigne du titre d'épouse ; ou enfin légale, comme s'il étoit survenu un empêchement dirimant entre les parties depuis la naissance des bâtards. Le chapitre 9 de la novelle 89 met tout cela dans le plus grand jour (*).

(*) Voici les termes de cette constitution :

Illud tamen à nobis sancitum est, ut si quis voluerit legitimam suam facere sobolem, & non habuerit uxorem talium

Mais cette condition n'eſt point néceſſaire en France. Nous tenons que la Légitimation par lettres opère ſon effet, ſoit que la mère des enfans naturels ſoit morte ou en vie, & que le père puiſſe ou ne puiſſe pas l'épouſer. C'eſt, 1°. ce que remarquent Bacquet & le Brun : 2°. ce que confirme l'uſage atteſté par M. Dagueſſeau, d'accorder des lettres de Légitimation ſans qu'il y ſoit fait mention de la mère : 3°. ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt du parlement de Toulouſe du 6 ſeptembre 1736, rapporté par Furgole.

La quatrième condition eſt que le père forme lui-même la demande des lettres de Légitimation, & qu'elles ſoient entérinées de ſon conſentement exprès. C'eſt la diſpoſition textuelle de l'ordonnance de Henri III, enregiſtrée en la chambre des comptes de Paris le 14 novembre 1579, & ce qu'ont jugé deux arrêts du parlement de Paris rapportés par M. Louet : le premier eſt du 9 novembre 1557 ; le ſecond a été rendu au mois de juillet 1583 : l'eſpèce de celui-ci étoit cepen-

---

filiorum matrem, aut filios quidem valdè diligat, mulier autem non ſine peccato ſit apud eum, neque digna ſit quolibet legitimo nomine : & proptereà aut moriente muliere aut legitimo jure non dignâ in matrimonio putandâ, aut cauſâ à filiis malignè tractatâ, aut ex ſtudio muliere celatâ, aut à filiis aut fortè aliter ei divitiis accedentibus, ne jure legitimorum uſum pater & fructum defunctâ matre tanquàm ſub poteſtate filiis conſtitutis habeat. Si quis ergò filios legitimos non habens, ſed tantummodò naturales, ipſos quidem legitimos facere voluerit, mulierem verò in promptu non habeat omninò, aut habeat quidem, non tamen ſine peccato, aut ſi non appareat, aut aliter dotalium inſtrumentorum non habeat facultatem, (quid enim ſi ad ſacerdotium alter eorum aſcendat ?) damus ei licentiam ad legitimum jus filios educere naturales, &c.

dant bien favorable pour les enfans naturels : ils avoient à la vérité sollicité & obtenu eux-mêmes des lettres de Légitimation ; mais le père avoit ratifié assez clairement la demande qui en avoit été faite sans sa participation, puisqu'il avoit écrit à un procureur pour les faire entériner, & que dans la suite il avoit toujours donné le titre de ses enfans aux bâtards dont il s'agissoit.

Il faut cependant remarquer que la condition du consentement exprès du père n'est requise que pour donner au légitimé la capacité de succéder ; il en est autrement, dit M. Louet, *pour obtenir dignités & honneurs* : Wames en ses consultations canoniques, établit clairement la même chose.

Une autre observation non moins importante est qu'un bâtard dont le père est mort peut être légitimé à la demande de son aïeul ; en sorte que les lettres de Légitimation opèrent le même effet à l'égard de l'aïeul, qu'elles auroient produit relativement au père. C'est l'avis de Carondas, de Molina & de Furgole.

La cinquième condition est que le fils naturel consente, soit expressément, soit tacitement, à être légitimé. Furgole regarde cette condition comme inutile, parce que le chapitre 5 de la novelle 89 ne l'exige point. Mais le silence d'une loi ne forme qu'une preuve négative de ce que l'on prétend en inférer, & une preuve négative ne peut jamais détruire la disposition expresse d'une autre loi : or le chapitre 11 de la même novelle déclare très-positivement qu'un enfant naturel ne peut être légitimé malgré lui, de quelque manière que ce soit ; ce qui comprend

ſans contredit la Légitimation par lettres du prince (*).

Mais, objecte Furgole, » ſi le conſentement » du bâtard étoit néceſſaire, il ne ſeroit pas permis » de légitimer des impubères, parce qu'ils ſe» roient incapables d'y conſentir ; cependant on » voit tous les jours obſerver le contraire «, & un arrêt du parlement de Toulouſe du 6 ſeptembre 1456 a confirmé une pareille Légitimation.

Une comparaiſon très-ſimple répond à cet argument. Il n'étoit pas permis dans le droit Romain d'adopter un étranger pour enfant, à moins qu'il n'y conſentît (**) ; cependant un père pouvoit donner en adoption ſon fils impubère & même au deſſous de l'âge de ſept ans (***). Pourquoi cela ? Parce qu'il ne falloit pas un conſentement exprès de la part de celui qu'il s'agiſſoit d'adopter ; un conſentement tacite ſuffiſoit : *Arbitrium ſpectandum eſt vel conſentiendo, vel non*

(*) *Ce chapitre eſt ainſi conçu :*

Generaliter autem in omnibus qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum jus, tunc id volumus obtinere, cùm & filii hoc ratum habuerint. Nam ſi ſolvere jus patriæ poteſtatis, invitis filiis, non permiſſum eſt patribus, multò magis, ſub poteſtatem redigere invitum filium & nolentem, ſive per oblationem ad curiam, ſive per inſtrumentorum celebrationem, *ſive per aliam quamlibet machinationem*, tanquàm ſortem metuentem paternam, juſtum non eſt, neque imperii & legiſlatoris ponimus proprium.

(**) In adoptionibus eorum duntaxat qui ſuæ poteſtates ſunt, voluntas exploratur. Sin autem à patre dantur in adoptionem, in his utriuſque arbitrium ſpectandum eſt, vel conſentiendo, vel non contradicendo. *L.* 5, D. *de adoptionibus.*

(***) Etiam infantem in adoptionem dare poſſumus. *L.* 42, D. *de adoptionibus.*

contradicendo, dit Celſus dans une loi que nous venons de rapporter en note. L'empereur Juſtinien nous apprend la même choſe en ſes inſtitutes, livre 1, titre 12, §. 8 (*). Et comme les impubères ſont cenſés conſentir à tout ce qui leur eſt avantageux, on préſumoit facilement un conſentement tacite de leur part à des actes auſſi utiles pour eux que l'étoient ordinairement les adoptions. Mais ſi étant parvenus à l'âge de puberté, ils trouvoient qu'il fût de leur intérêt de ſe faire émanciper, ils pouvoient y forcer leur père adoptif, comme le remarque la gloſe ſur le §. 10 du titre que nous venons de citer.

Ainſi de ce qu'un père peut faire légitimer par lettres du prince ſes bâtards impubères, il ne réſulte pas que leur conſentement ne ſoit pas néceſſaire pour la Légitimation, mais ſeulement que la loi ſupplée à leur incapacité de conſentir, en feignant qu'ils conſentent réellement : & comme une fiction ne peut jamais l'emporter ſur la vérité, ſi le bâtard devenu pubère vouloit renoncer au bénéfice de la Légitimation, il en ſeroit le maître : c'eſt la conſéquence naturelle de ces termes de la novelle 89, chapitre 11 : *Generaliter autem in omnibus qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum jus, tunc id volumus obtinere, cùm & filii hoc* RATUM HABUERINT. Il faut, ſuivant ce texte, une ratification du bâtard pour donner effet aux lettres de Légitimation obtenues par le père : or cette ratification, quand

---

(*) Sed & ſi pater filium quem in poteſtate habet avo vel proavo naturali ſecundùm noſtras conſtitutiones ſuper his habitas, in adoptionem dederit.... *præſente eo qui adoptatur & non contradicente*, &c.

doit-elle être donnée, si ce n'est lorsque le bâtard a atteint un âge auquel il puisse avoir une volonté proprement dite ? Alors, il est vrai, s'il garde le silence, on présume qu'il ratifie ce qu'a fait son père ; mais s'il réclame, point de ratification, & conséquemment point de Légitimation.

La sixième condition est que les lettres de Légitimation soient enregistrées dans les tribunaux qui en doivent connoître. Cette condition est si essentielle, que si le père venoit à décéder avant l'enregistrement, la Légitimation seroit sans effet, au moins quant à la succession : c'est ce qu'ont jugé deux arrêts des 22 decembre 1584 & 23 juillet 1585, rapportés par le Vest, arrêt 179, & par Chopin sur la coutume d'Anjou, livre 3, chapitre 2, titre 4.

Mais quels sont les tribunaux auxquels il faut s'adresser en cette matière ? C'est un point sur lequel les opinions des auteurs sont très-variées. Bacquet en son traité du droit de bâtardise, chapitre 9, n. 5, dit que l'enregistrement doit être fait en la chambre des comptes, & non ailleurs. Duval en ses institutions au droit François, livre 1, chapitre 5, exige au contraire que cet enregistrement se fasse au parlement dans le ressort duquel l'impétrant est domicilié. D'Argentré sur l'article 456 de la coutume de Bretagne, prétend qu'il ne faut enregistrer les lettres de Légitimation ni au parlement, ni à la chambre des comptes, mais seulement au bailliage ou sénéc haussée du ressort (*). Furgole conseille, pour

---

(*) Sed apud rationales probari & in curiis parlamen-

éviter toute difficulté, de faire l'enregiſtrement à la chambre des comptes & au parlement ; mais il penſe qu'à la rigueur on peut ſe contenter de l'enregiſtrement fait dans les tribunaux auxquels les lettres de Légitimation ſont adreſſées.

De ces quatre opinions différentes, il n'y en a pas une qui ſoit parfaitement exacte ; il y en a une cinquième ſuivie par Brodeau, le Brun, Rouſſeau de la Combe, & Serres, ſuivant laquelle l'enregiſtrement eſt requis tant au parlement qu'à la chambre des comptes ; au parlement, pour l'intérêt des familles ; & à la chambre des comptes, pour celui du roi ; en ſorte que le défaut d'enregiſtrement dans le premier de ces tribunaux rend ſans effet la clauſe inſérée dans les lettres de pouvoir ſuccéder au préjudice des héritiers collatéraux; & que par le défaut d'enregiſtrement dans le ſecond, le roi exerce ſon droit de bâtardiſe dans la ſucceſſion de l'enfant naturel, comme s'il ne l'avoit point légitimé.

Voici un arrêt qui nous fait ſentir la néceſſité de l'enregiſtrement au parlement : » L'évêque de » Laon, qui étoit de la maiſon de Luxembourg, » avant de ſe faire prêtre, avoit eu quelques » bâtards d'une femme non mariée, dont il avoit » obtenu Légitimation paſſée en la chambre des » comptes & enregiſtrée au bailliage dont ils » étoient nés, & non pas à la cour de parlement. » Depuis, il ſe fait prêtre, & fait teſtament, & » par ledit teſtament il leur donne quelques biens, » & les nomme bâtards incidemment. Après ſa

torum nihil neceſſe, niſi quòd probatis ab inferioribus reſcriptis, interjectâ quandòque appellatione periclitari impetrantes contingeret. *Ce ſont les termes de d'Argentré.*

» mort, ils veulent avoir ce légat; le comte de
» Brienne, Charles de Luxembourg, demande
» tout [1], & dit qu'ils sont bâtards; ce que par
» arrêt il obtint le 23 décembre 1545 «. *Papon*, *livre* 21, *titre* 3, *arrêt* 13.

Brodeau sur M. Louet, lettre L, §. 7, nous apprend » que messieurs les gens du roi en une
» audience de la grand'chambre du parlement,
» ont interjeté appel de la vérification faite en
» la chambre des comptes de letttres de Légitima-
» tion contenant la clause de succéder *ab intestat*,
» apposée dans des lettres de Légitimation: cela
» n'étant pas de la connoissance de la chambre
» qui n'a point de cour & juridiction conten-
» tieuse, ni droit de connoître de ce qui con-
» cerne l'état, les biens & intérêts des familles,
» décider d'une hérédité à qui elle doit être
» déférée, ni déclarer une personne habile pour
» la recueillr, quelque consentement que les par-
» ties y puissent apporter, n'ayant connoissance
» que de la ligne de compte & de l'intérêt du
» roi: & la vérification qui se fait en la chambre
» des lettres de Légitimation, quand même les
» héritiers présomptifs auroient été ouïs ou ap-
» pelés, n'a & ne produit autre effet, sinon de
» guérir la maladie qui procède de la loi, c'est-
» à-dire, de rendre le légitimé capable des hon-
» neurs, charges, dignités, offices & bénéfices
» du royaume, dont les bâtards sont absolument
» incapables & inhabiles par l'ordonnance & la
» loi générale du royaume, & non la maladie
» du sang & de la nature, pour faire que le bâ-
» tard légitimé succède *ab intestat*, à titre uni-
» versel d'héritier légitime. Ce que M. Omer
» Talon a soutenu positivement en la cause de

» M. le duc d'Elbeuf & de M. le duc de Ven-
» dôme, défendeur, plaidée & jugée en la grand'-
» chambre par arrêt du 13 juin 1651 «.

Ce n'eſt pas la ſeule occaſion où MM. les avocats-généraux du parlement ont développé cette doctrine. M. Bignon avoit dit auparavant, en portant la parole à l'audience du 21 avril 1637,
» que l'uſage étoit quand les lettres de Légitima-
» tion n'avoient été vérifiées au parlement, mais
» ſimplement à la chambre des comptes, d'interje-
» ter appel de l'exécution deſdites lettres, & de l'en-
» térinement : & que de fait, en l'eſpèce de la
» cauſe du nommé de la Place cela avoit été
» fait, & en ce chef il fut prononcé que les
» lettres de Légitimation ſeroient exécutées, fors
» pour ſuccéder «. Sur ce fondement, M. Bignon avoit conclu en cette audience à la nullité d'un legs univerſel fait par un aïeul naturel au profit de ſes petits-enfans légitimés par lettres enregiſtrées en la chambre des comptes ſeulement. Néanmoins l'arrêt ordonna la délivrance du legs. L'auteur du journal des audiences remarque trois particularités qui ont pu motiver cette déciſion. 1°. La ſœur utérine du père naturel, qui étoit ſa ſeule héritière apparente quant aux biens maternels, avoit conſenti à l'enregiſtrement des lettres en la chambre des comptes, & ayant dans la ſuite demandé à être reſtituée en entier, contre ſon conſentement, elle avoit été déboutée par arrêt : 2°. l'aïeul avoit marié & doté ſa fille adultérine comme légitimée : 3°. le legs dont il s'agiſſoit n'étoit point fait à ſa fille elle-même, mais à ſes enfans légitimes ; ce qui rendoit la cauſe plus favorable.

Tout ce que nous venons de dire au ſujet de

l'enregiſtrement des lettres de Légitimation, n'eſt relatif qu'à celles qui ſont émanées de l'autorité temporelle : quant aux reſcrits par leſquels la cour de Rome habilite les bâtards à recevoir les ordres & à poſſéder des bénéfices, ils doivent être fulminés par l'official du diocèſe de l'impétrant.

SECTION TROISIÈME.

Des effets de la Légitimation par lettres.

Le premier pas à faire pour déterminer exactement les effets d'un reſcrit de Légitimation, eſt de peſer avec attention les paroles même de ce reſcrit : car avant d'examiner ſi le pape ou le roi a pu étendre juſqu'à tel ou tel point la grâce qu'il a accordée à un bâtard, il faut néceſſairement diſcuter la queſtion de ſavoir s'il l'a voulu.

Ainſi en matière eccléſiaſtique, la ſimple Légitimation pour être promu aux ordres, n'habilite point le bâtard à la prêtriſe, on la reſtreint aux ordres mineurs : c'eſt la remarque de Van-Eſpen, de Rebuffe & de Pérard Caſtel.

» Il ne ſuffiroit pas, ajoute ce dernier, de de- » mander diſpenſe de poſſéder toutes ſortes de » bénéfices, il faut plus particulièrement expli- » quer cette diſpenſe ; on l'exprime ordinaire- » ment en ces termes : *Quæcumque & qualiacum-* » *que cum curâ & ſine curâ beneficia etiamſi ca-* » *nonicatus & præbendæ, dignitates etiam majores* » *& principales, perſonatus, adminiſtrationes &* » *officia etiam curata & electiva, etiam in cathe-* » *dralibus & metropolitanis vel collegiatis ec-* » *cleſiis, ſeu ſi parochiales eccleſiæ vel earum* » *perpetuæ vicariæ fuerint.* Autrement ſi l'on ne

» parloit que des chanoinies, prébendes ou dignités,
» on ne feroit pas capable d'en posséder dans les
» églises cathédrales, à moins qu'elles n'y fussent
» nommément exprimées, par la raison essen-
» tielle qu'en une matière odieuse, comme est
» celle de la dispense, les dignités ne sont point
» comprises sous le nom de bénéfices, C. *ad*
» *aures, extrà, de rescriptis.* Les cures ne sont
» pas non plus comprises sous le nom général
» de bénéfices, C. *fin. extrà, de prabendis* : &
» sous le nom général d'églises de la ville, on
» n'y comprend point l'église cathédrale, *quam*
» *propter ipsius honorem sub hac generalitate no-*
» *lumus comprehendi*, dit le pape Boniface VIII,
» au chapitre *quamvis, de prabendis, in-6°* ».

Cette doctrine est adoptée par M. Daguesseau dans son vingt-cinquième plaidoyer. Toute dispense est odieuse, dit-il, & ne s'étend point du cas qui est exprimé à celui qui a été omis. Quoique l'église admette un bâtard aux ordres sacrés, il ne peut espérer tout au plus qu'un bénéfice simple qui lui est comme dû par son ordination, puisque les règles qui exigent un titre patrimonial au défaut d'un titre de bénéfice, pour assurer la subsistance de celui que l'on ordonne, ne s'appliquent pas moins aux bâtards qu'aux légitimes ; & c'est la disposition précise du chapitre *proposuit*, aux décrétales, *de filiis presbyterorum.* Mais toutes les fois qu'il veut parvenir à des degrés plus élevés, & qu'il aspire aux dignités ecclésiastiques, il a besoin d'une nouvelle dispense : c'est la disposition du droit canoniqne, l'opinion de Rebuffe & des autres canonistes ; opinion prouvée par la seule formule des dispenses, dans laquelle le pape excepte nommément les grands bénéfices, les ca-

nonicats des églifes cathédrales, & les dignités des collégiales.

C'eft par ces réflexions que M. Dagueffeau préludoit à l'examen de la queftion, fi un refcrit de Légitimation obtenu du pape avec dérogation à toutes conftitutions & ftatuts canoniques, peut avoir effet à l'égard d'un chapitre où il y a un ftatut exprès qui défend d'y admettre ceux qui ne font pas nés d'un mariage légitime.

Le chapitre de faint Hilaire de Poitiers étoit appelant comme d'abus des provifions d'un de fes canonicats accordées fur réfignation au fieur Taveau, bâtard, avec une claufe de difpenfe auffi générale qu'elle pouvoit l'être. Il fe fondoit fur une charte de Guillaume VII, duc d'Aquitaine, qui le maintenoit dans le droit & poffeffion de ne recevoir pour chanoines que des perfonnes nées de mariage légitime. Cette charte avoit été demandée par l'archevêque de Bordeaux, l'évêque & le chapitre de Poitiers, & la nobleffe du comté de Poitou; un légat du pape l'avoit acceptée formellement, avec menace d'excommunication contre tous ceux qui tenteroient dans la fuite d'y donner atteinte.

Tel eft, difoit M. Dagueffeau, le ftatut dont on vous demande aujourd'hui l'exécution. On prétend que le pape y a dérogé; mais, 1°. le pape l'a-t-il voulu? 2°. L'a-t-il pu?

Le pape ne peut accorder que ce qu'il connoît: on ne lui a point expofé les ftatuts de l'églife de Poitiers, par conféquent il n'a point eu intention d'y déroger. Inutilement objecte-t-on qu'il y a dans la difpenfe une dérogation générale à toutes conftitutions ou ftatuts canoniques; un ftatut auffi confidérable méritoit une note particulière.

D'ailleurs,

D'ailleurs, ſoit qu'on le conſidère comme un ſimple ſtatut d'un chapitre confirmé par le prince & par le pape, ou comme un règlement fait par le fondateur, ou enfin comme une loi civile faite par celui qui exerçoit alors l'autorité ſouveraine, il eſt certain que le pape ne pourroit y déroger : 1°. parce qu'il ne peut donner atteinte aux priviléges & aux conſtitutions fondamentales des égliſes de France ; c'eſt un des articles exprès de nos libertés, & il eſt appuyé ſur une infinité de preuves : 2°. parce que nous ne ſouffrons pas que le pape déroge aux fondations des laïques, aux droits des patrons, aux règlemens qu'ils ont faits, ſoit qu'ils remontent au temps même de la fondation, ou qu'ils l'aient ſuivie : 3°. parce que le pape ne peut enfreindre les loix civiles ſans ſortir des bornes de ſon pouvoir.

On oppoſe que pouvant déroger au droit commun, en donnant une diſpenſe, il peut par conſéquent déroger à un ſtatut qui ne fait que ſe conformer au droit commun.

Mais, 1°. l'excluſion des bâtards des ordres & des bénéfices n'étoit pas encore un droit commun dans le temps que ce ſtatut a été fait ; il n'y avoit alors que quelques égliſes de France qui euſſent reçu cette coutume (*). 2°. Il faut que le ſtatut ait quelque effet : or, il n'en auroit aucun s'il pouvoit être éludé par des diſpenſes qui ne ſe refuſent jamais. C'eſt par ce principe

(*) Etienne de Tournai, qui écrivoit dans le douzième ſiècle, dit : *In regno Francorum aliquas eccleſias, ſcrupuloſâ quâdam nobilitate, glorioſam, ut exiſtimant, ſibi conſuetudinem aſſumpſiſſe, ne aliqui niſi ex licito complexu geniti promoveantur.*

qu'on a décidé à l'égard des patrons, qu'ils ne pouvoient présenter une personne dispensée du vice de sa naissance par le pape, lorsque la loi de la fondation vouloit qu'elle fût légitime. 3°. Le pape ne peut déroger au droit commun, qu'autant que la dérogation ne fait pas de préjudice au droit d'autrui. 4°. Il ne s'agit point ici d'un simple statut confirmatif d'une loi canonique, mais de l'exécution d'une loi civile.

En un mot, on peut considérer le statut dont il s'agit, comme une espèce de concordat entre les seigneurs de Poitou & le chapitre de saint Hilaire. La puissance séculière & ecclésiastique ont concouru à confirmer ce concordat; & comme il est l'ouvrage de l'une & de l'autre, une seule ne peut détruire ce que toutes les deux ont établi.

Ces raisons ont produit tout l'effet qu'on devoit en attendre. Par arrêt du 9 juillet 1693, les provisions & la dispense obtenues en cour de Rome par le sieur Taveau, ont été déclarées abusives.

Dans l'ordre temporel, les lettres de Légitimation du prince devroient, aux termes des loix de Justinien, produire les mêmes effets que la Légitimation par mariage subséquent, c'est-à-dire, soumettre le bâtard à la puissance paternelle, lui donner les droits de suité & d'agnation, l'habiliter à succéder tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, en un mot, purifier tellement la honte de son origine, qu'il n'y ait, entre lui & un enfant né légitime, aucune espèce de différence (*).

(*) Tout cela résulte de la novelle 74, chapitre 1 : *Si*

Mais notre jurisprudence ne s'accorde pas avec ces loix. La Légitimation par lettres, dit M. Daguesseau, » n'est pas si parfaite & ne produit » pas de si grands effets, que la Légitimation » par mariage subséquent; elle efface à la vérité » la tache que la naissance du bâtard lui avoit » imprimée : elle lève l'incapacité qu'elle trou- » voit en sa personne de recevoir des disposi- » tions universelles de ses père & mère, elle le » rend capable de posséder des offices ; mais » pour la capacité de succéder *ab intestat* à ses » parens, elle ne la lui donne que lorsque ceux » auxquels il peut succéder, ont consenti à sa » Légitimation «.

Développons ces idées. On dit d'abord que la Légitimation par lettres rend le bâtard capable de recevoir des auteurs de ses jours toutes sortes de dispositions universelles. C'est ce qu'a jugé un arrêt du 17 septembre 1598, rapporté par Chopin en son traité du domaine, livre 1, titre 12, n. 6, & titre 10, n. 12. C'est aussi ce que disoit

---

quis sanè non habens filios legitimos, naturales autem tantummodò, ipsos quidem suos facere voluerit.... ad legitimorum jus producere naturales, deliceat igitur patri, si legitimam non habeat sobolem, filios restituere naturæ & antiquæ ingenuitati, & suos de cætero & sub potestate habere, &c.

Le chapitre 2 de la même novelle, porte : *Sit igitur licentia patri.... offerre Imperatori precem.... ut sub potestate ejus consistant, nihil à legitimis differentes.*

La novelle 89, chapitre 7, confirme ces dispositions, & déclare que le légitimé par lettres succède à tous ses parens, ascendans, descendans & collatéraux, comme s'il étoit né légitime. *Semel enim eos efficientes legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent ii qui ab initio legitimi sunt.*

M. Talon à l'audience du 30 janvier 1636 ; il s'agissoit d'un legs fait par une femme à la fille légitimée de son frère : ce magistrat établit d'abord qu'il n'y avoit point d'incapacité d'un bâtard relativement à ses parens collatéraux, puis il ajouta : » Mais quand cette qualité de bâtard seroit quelque obstacle, cette tache de la naissance a été ôtée par les lettres du prince & la Légitimation. Platon dit que dieu donne la vie & les biens aux hommes, mais que le prince leur donne les honneurs & dignités «. *Bardet, tome 1, livre 2, chapitre 67.*

M. Talon rendoit encore hommage à cette vérité lors de l'arrêt du 13 juin 1651, rapporté au journal des audiences. » Cette Légitimation, ce sont ses termes, les rend capables de posséder toutes sortes de charges, d'offices & de bénéfices, & les habilite à recevoir toutes sortes de donations, de legs & de gratifications «. M. Stockmans, conseiller au conseil souverain de Brabant, rend le même témoignage de la jurisprudence de son pays sur cette matière, & atteste qu'elle a été généralement reconnue dans une révision solemnelle du 13 juillet 1650.

Ricard est cependant d'une opinion contraire ; & il la fonde sur un arrêt du 14 juillet 1661, qui, suivant lui, a réduit considérablement un legs universel fait par une mère au profit de sa fille naturelle légitimée par lettres. Mais cet arrêt est rapporté au journal des audiences avec toutes ses circonstances & les moyens des parties, & l'on n'y voit pas que la bâtarde eût été légitimée ; il y a même d'autant plus lieu de croire qu'elle ne l'avoit pas été, que la réduction de son legs fut prononcée sur les conclu-

ſions de M. Talon, qui étoit, comme on vient de le voir, perſuadé de la validité des diſpoſitions faites à titre univerſel en faveur des bâtards légitimés.

Cette règle doit néanmoins ceſſer en deux cas: le premier eſt lorſque le père a des enfans légitimes; on ſent en effet qu'il ne ſeroit pas juſte d'autoriſer les avantages faits au profit d'un enfant qui ne tire ſa légitimité que d'une grâce extraordinaire du prince, au préjudice de celui qui doit la ſienne à un ſacrement. Cependant, remarque M. Serres, ſi le père a légué la légi- » time à ſon bâtard qu'il avoit fait légitimer, » tandis qu'il avoit déjà des enfans légitimes, » ceux-ci ne peuvent pas être reçus à la lui » conteſter «; parce qu'elle lui tient lieu des alimens qu'il auroit été en droit de demander.

Le ſecond cas eſt lorſque les bâtards légitimés ſont nés d'un commerce adultérin. La pureté des mœurs & l'honnêteté publique néceſſitent cette exception; & elle a été adoptée par pluſieurs arrêts, entre autres par celui du mois de ſeptembre 1575, prononcé par M. le chancelier de Birague, dans une cauſe plaidée en préſence du roi Charles IX, de tous les princes de la cour & des ambaſſadeurs de Pologne. L'arrêt de la chambre des comptes de Provence du 6 juin 1676, rapporté ci-deſſus, a également déclaré que Françoiſe le Blanc, fille adultérine, légitimée par lettres, ne pourroit ſuccéder à ſon père, ſoit *ab inteſtat* ou par teſtament, au préjudice des héritiers légitimes.

Nous avons dit d'après M. Dagueſſeau, que le légitimé par lettres n'acquiert la ſucceſſibilité *ab inteſtat*, que par le conſentement que don-

nent à sa Légitimation ceux à qui il s'agit de succéder.

De là il suit, que des lettres de Légitimation obtenues par le père, n'habilitent pas l'enfant à succéder à sa mère, à moins qu'elle n'ait consenti à leur enregistrement.

Par la même raison, un bâtard légitimé par lettres ne peut succéder à son aïeul, si celui-ci n'a point eu part à sa Légitimation. C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Dijon du 16 janvier 1609, rapporté dans la généalogie de Bouton, imprimée à Dijon en 1665 & 1671. Le parlement de Toulouse a décidé la même chose par arrêt du mois de mai 1686. Dans cette espèce, » le fils légitimé, dit M. de Catelan, » prétendoit que, représentant son père & étant » à sa place, il pouvoit prétendre la légitime » qu'auroit eue son père, s'il avoit vécu, sur les » biens de son aïeule, mère de son père. » L'aïeule (car c'étoit l'aïeule même qui dispu- » toit d'avance à son petit-fils toute part en sa » succession), l'aïeule, dis-je, prétendoit que la » Légitimation faite par le prince ne donnoit » point ce droit de représentation, & que n'ayant » pas été appelée à la Légitimation, elle n'étoit » obligée de faire nulle part de son bien à un » petit-fils qui étoit son petit-fils malgré elle. » Les légitimés par le prince ne sont donc pas » plus avantagés sur ce point, que l'étoient les » légitimés *per curiæ oblationem*, qui n'étoient » légitimés qu'à l'égard du père, *soli genitori* » comme parle la novelle 89 «.

Ce que nous disons de la mère & de l'aïeule du bâtard légitimé à la demande de son père doit à plus forte raison s'appliquer aux parens

collatéraux. Aussi tous les auteurs s'accordent-ils à dire qu'il n'y a de successibilité entre l'enfant légitimé par lettres & ses parens naturels en ligne collatérale, qu'autant que ceux-ci ont donné expressément leur approbation à l'entérinement du rescrit qui a lavé la tache de sa naissance.

C'est ce qui a été jugé formellement par un arrêt du parlement de Flandres du 24 juillet 1744 : l'espèce en est remarquable.

Robert-François de Hertaing, fils naturel de Robert de Hertaing & de la demoiselle Lande, s'étoit fait légitimer en 1710, du consentement de son père, de sa mère, & de François de Hertaing son oncle. En 1739, le sieur de la Terade, fils d'Anne-Marie de Hertaing, tante du légitimé, mourut à Cambrai, laissant un fief qu'il avoit hérité de sa mère, & que celle-ci avoit reçu par donation entre-vifs de François de Hertaing, avant le consentement par lui donné à la Légitimation. Le légitimé ayant prétendu succéder à ce fief, il s'éleva entre lui & le sieur Dumont de Vestoutre, une contestation dont l'unique question étoit de savoir si dans la coutume de Cambresis qui renvoye au droit écrit la décision des cas sur lesquels elle est muette, la Légitimation donne droit de succéder aux parens collatéraux qui n'ont pas consenti à l'entérinement des lettres, car Anne-Marie de Hertaing & le sieur de la Terade n'avoient pas ratifié la Légitimation dont il s'agissoit.

Robert-François de Hertaing disoit, que par le droit Romain il n'y avoit aucune différence entre les enfans nés légitimes & les bâtards légitimés par lettres; que ceux-ci avoient comme ceux-là une capacité universelle pour toutes les

ſucceſſions directes & collatérales qui pouvoient leur écheoir ; que la coutume de Cambreſis, loin de déroger à cette juriſprudence, l'adoptoit au contraire implicitement, puiſqu'il eſt ordonné par ſon décret d'homologation, » que les cas non » compris èſdites coutumes, ſoient, ſelon la diſ- » poſition du droit, jugés, décidés & terminés » en rejetant toutes autres coutumes « : que d'ailleurs le ſieur de la Terade avoit été héritier de François de Hertaing ſon oncle, & que par conſéquent il devoit être cenſé avoir conſenti, comme celui-ci, à la Légitimation, puiſque tout héritier eſt tenu des faits de la perſonne qu'il repréſente.

Le ſieur Dumont de Veſtoutre répondoit, que par le droit général de la France & des Pays-Bas, les bâtards légitimés ne peuvent ſuccéder qu'à ceux de leurs parens qui ont conſenti à l'entérinement de leurs lettres ; que la juriſprudence établie par les novelles de Juſtinien ne pouvoit pas être plutôt admiſe en Cambreſis où les loix Romaines ne ſervent que de ſupplément à la coutume, qu'elle ne l'eſt dans la partie méridionale du royaume dont ces loix forment le code municipal ; que toutes les coutumes qui renvoyent au droit Romain la déciſion des matières qu'elles n'ont point traitées, ne doivent être entendues que des diſpoſitions qui ne ſont pas abrogées par un uſage général ; que le conſentement de François de Hertaing ne pouvoit lier Anne-Marie de Hertaing, ni le ſieur de la Terade, parce qu'en cette matière tout eſt perſonnel, & qu'à tout évènement il ne pourroit pas en réſulter pour le légitimé une capacité de ſuccéder à un bien qui n'appartenoit plus à

François de Hertaing lorſque celui-ci donnoit ce conſentement.

Sur ces raiſons noyées de part & d'autre dans des mémoires immenſes, le légitimé fut débouté de ſa prétention par ſentence des échevins de Cambrai du 26 avril 1742, confirmée par l'arrêt cité, au rapport de M. Bourchault de Queſninnes.

C'eſt une grande queſtion ſi pour rendre un bâtard légitimé capable de ſuccéder, il ne faut pas que les héritiers préſomptifs de celui qui a conſenti à la Légitimation, aient eux-mêmes ratifié ce conſentement. La négative eſt ſoutenue par Rat ſur l'article 297 de la coutume de Poitou; par l'annotateur de Bourjon, livre 1, titre 3, chapitre 6, ſection 3, & elle a été confirmée par un arrêt du parlement de Paris de l'an 1393, inſéré dans le recueil de Papon; par un autre du parlement de Bordeaux du 20 avril 1521, cité par le même auteur, & par un troiſième du parlement de Toulouſe du 6 ſeptembre 1736, rapporté par Furgole. La coutume de Calais paroît conforme à cette juriſprudence; voici en effet ce qu'elle porte, article 135 : » Bâtard n'eſt » habile à ſuccéder, s'il n'a été légitimé du » conſentement de ceux de la ſucceſſion deſquels » il eſt queſtion «.

D'autres auteurs au contraire, tels que Dargentré, l'Hoſte, le Brun, Bourjon, excluent le bâtard légitimé par lettres de la ſucceſſion même de ſon père, lorſque le conſentement de tous les héritiers préſomptifs n'eſt pas intervenu lors de l'entérinement. Ils ont en cela ſuivi la déciſion de l'article 275 de la coutume de Normandie, conçu en ces termes : *Bâtard ne peut ſuccéder*

à père, mère ou aucun, s'il n'eſt légitimé par lettres du prince, appelés ceux qui pour ce ſeront à appeler. On peut mettre ſur la même ligne les coutumes de Lille, de la châtellenie de Lille & de Bar; la premiere, titre 1, article 13, dit en général que les bâtards ne peuvent ſuccéder, quoiqu'ils ſoient légitimés (*) : la ſeconde s'explique abſolument de même, titre 2, article 60; & la troiſième, article 73, porte, que *le bâtard ne peut ſuccéder s'il n'eſt légitimé par mariage ſubſéquent.* » Ces coutumes, dit M. Dagueſſeau, ſe contentent d'établir le principe, ſans » parler de l'exception portée par la coutume » de Normandie, & qui doit être ſuppléée ſans » difficulté «.

Ce magiſtrat ajoute que cette opinion a prévalu ſur la première, & que » l'on regarde comme » une maxime conſtante celle qui exclut le bâ- » tard légitimé par lettres du prince de la ſuc- » ceſſion de ſon père & de celles de ſes autres » parens, à moins que non ſeulement le père, » mais encore toutes les parties intéreſſées, c'eſt- » à-dire, tous ceux que la loi regardoit comme » ſes héritiers préſomptifs, n'aient donné leur » conſentement à ſa Légitimation, & cette ſuc- » ceſſion ne lui eſt pas même déférée en ce cas, » en vertu du titre de parent qu'il n'a pas, mais » à cauſe du conſentement des parens, qui eſt » ſoutenu par lettres du prince : en ſorte que

(*) Le Boue, ſur cet article, prouve très-clairement que la coutume de Lille n'exclut pas le bâtard légitimé par lettres de la ſucceſſion de ceux qui ont conſenti à ſa Légitimation, pourvu que leur conſentement ait été accompagné de celui de leurs héritiers apparens.

„ c'eſt une ſucceſſion extraordinaire, déférée en
„ vertu d'une eſpèce de contrat, par lequel le
„ bâtard légitimé & ſes parens ſe ſont appelés
„ réciproquement à leurs ſucceſſions “.

Les auteurs qui ont admis cette opinion ne ſe ſont point bornés là. Ils ont été juſqu'à ſoutenir que l'héritier de celui qui ayant conſenti à la Légitimation, eſt décédé avant l'ouverture de la ſucceſſion, n'eſt point tenu à cet égard du fait du défunt, en ſorte que le prédécès de l'héritier apparent qui a conſenti, rend caduque la capacité de ſuccéder qui avoit été acquiſe au bâtard par l'entérinement de ſes lettres. d'Argentré eſt peut-être celui qui a le mieux développé cette conſéquence (*).

Mais le principe dont elle dérive eſt-il bien vrai, c'eſt-à-dire, l'opinion qui, pour donner la ſucceſſibilité à un bâtard légitime, exige, outre le conſentement de la perſonne à qui il s'agit de ſuccéder, celui de ſon héritier apparent? Cette

(*) *Voici comme s'explique cet auteur :*
Quid igitur judicamus ſi legitimatio collata ſit de conſenſu heredis præſumpti proximi, atque is ante delatam hereditatem mortuus ſit, ita ut alius præſumptus eſſe cœperit, an ſufficiat ſemel legitimationem de conſenſu heredis proceſſiſſe, an verò tempus mortis ſpectemus ex quo defertur hereditas, quod regulariter fit. Nam quis proximior ſit, inſpiciendum eſt tempus mortis, ſicuti & cùm de capacitate prohibiti capere. Ego valere quidem legitimationem in cæteris probaverim, ſed heredi qui tempore mortis, aut ante id præſumptus eſſe cœpit, præjudicium non fieri, quia id tempus ad capacitatem ſpectandum ſit, & is qui conſenſit ex eventu detegatur nullum unquàm jus habuiſſe in hereditate, ideòque inutiliter conſenſiſſe, & ante delatam hereditatem mortuus, ſic haberi debeat tanquàm non natus, & primo ſublato eſt jus ſecundo firmius ſecutâ delatione hereditatis.

opinion eſt-elle conforme aux principes de la matière, & malgré la multitude des auteurs qui l'ont ſuivie, ne peut-on pas encore l'abandonner, ou du moins la reſtreindre ?

La ſeule raiſon ſur laquelle on la fonde, eſt qu'il n'eſt pas permis de diſpoſer de ſon hérédité au préjudice de ceux à qui elle eſt déférée par la loi.

Mais, 1°. il eſt ſenſible que cette raiſon ne peut s'appliquer aux pays de droit écrit, puiſque dans ces provinces il eſt libre à tout homme de ſe choiſir tel héritier qu'il trouve à propos. Auſſi les auteurs de ces provinces, tels que Benedicti, Graverole, Serres, Furgole, ne balancent-ils pas à dire que parmi eux le conſentement des héritiers préſomptifs du père n'eſt pas requis pour l'effet dont nous parlons (*) ; & c'eſt préciſément ce qu'ont jugé les deux arrêts de Bordeaux & de Toulouſe rapportés ci-deſſus.

2°. Par la même raiſon, il eſt clair que cette juriſprudence doit également être admiſe ſans difficulté dans les coutumes qui ne limitent en aucune façon la liberté de diſpoſer, ſoit entre-vifs, ſoit à cauſe de mort.

3°. A l'égard des coutumes qui défendent les

(*) Hæc ſententia, *dit Burgundus en ſon traité* 13 *ſur les coutumes de Flandres*, tot auctoribus firmata, tot legibus inſtructa, in regionibus quæ jure ſcripto reguntur dubitationem non habet. Quid enim refert heredem omnium bonorum paterfamilias ipſe ſibi ſcribat, an ſuis precibus à principe accipiat ; cùm alioquin rerum ſuarum liber ſit dominus atque arbiter ? Nam & agnatos & cognatos teſtamento removere poteſt à ſucceſſione, & ſi turpis perſona inſtituta non erit, fratres & ſorores præteriti extremam voluntatem non rumpunt.

diſpoſitions à cauſe de mort d'une certaine quotité, ou même de la totalité des biens, il ſembleroit au premier abord que l'on dût y ſuivre invariablement l'opinion de l'Hoſte, de d'Argentré & de le Brun ; cependant il ne faut, pour ſe ſentir porté à la rejeter, qu'un peu d'attention au véritable caractère de la Légitimation par lettres.

Il eſt certain que ce n'eſt pas diſpoſer à cauſe de mort, que de faire légitimer un enfant naturel. La Légitimation n'eſt pas une libéralité du père, il ne fait que la ſolliciter ; & l'on ne peut la conſidérer que comme un bienfait du prince, *principis & legis donum*, pour nous ſervir des termes de l'authentique *item ſine*, au code, *de naturalibus liberis*. Dira-t-on que le conſentement du père, de la mère, de l'aïeul, des parens collatéraux, à la clauſe de ſuccéder inſérée dans les lettres de Légitimation, eſt une inſtitution d'héritier dont l'effet ne doit pas être plus étendu que ſi elle étoit conſignée dans un teſtament ? Mais premièrement, tout ce qui pourroit réſulter de là, c'eſt que l'enfant légitimé ne ſuccéderoit pas aux réſerves coutumières, & qu'il devroit être borné aux biens libres. En ſecond lieu, peut-on regarder le conſentement dont il s'agit comme un acte de dernière volonté ? A la vérité il n'oblige pas régulièrement la perſonne qui le donne à laiſſer ſon hérédité au bâtard légitimé, mais au moins il imprime irrévocablement à celui-ci une capacité habituelle de ſuccéder : c'eſt ce que reconnoiſſent tous les auteurs que nous combattons, lorſqu'ils diſent que la ſucceſſibilité réciproque du bâtard légitimé à ſes parens directs ou collatéraux, ne vient point de la

loi du ſang, mais du contrat qui s'eſt formé entre eux lors de l'entérinement des lettres. On ne peut donc pas attribuer à ce conſentement d'autre nature que celle d'un acte entre vifs, & par conſéquent ce feroit ſans raiſon que l'on voudroit le ſoumettre aux réſerves coutumières.

D'Argentré oppoſe la loi 2, D. *de natalibus reſtituendis* (*), mais c'eſt ſans aucun fondement. Cette loi nous apprend que les affranchis, qui par état étoient obligés de laiſſer à leurs patrons une certaine partie de leur hérédité, ne parvenoient pas facilement à obtenir du prince des lettres d'ingénuité, à moins qu'ils ne rapportaſſent un acte de conſentement de leurs patrons mêmes. On peut, il eſt vrai, conclure de là, que le roi n'eſt point cenſé en légitimant un bâtard, vouloir préjudicier à ceux qui ont un droit acquis à la ſucceſſion du père; mais quel fruit peuvent tirer de cette conſéquence les héritiers appelés aux réſerves coutumières? Ils n'ont certainement pas de droit acquis aux biens du père avant qu'il ne ſoit décédé; il peut, tant qu'il eſt en vie, les en priver par des diſpoſitions entre-vifs; & nous venons de voir que c'eſt en quelque ſorte diſpoſer entre-vifs que de

(*) *Voici les termes de cette loi :*

Interdùm & ſervi nati, ex poſt facto, juris interventu, ingenui fiunt. Ut ecce ſi libertinus à principe natalibus ſuis reſtitutus fuerit. Illis enim utique natalibus reſtituitur in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipſe naſcitur, cùm ſervus natus eſſet. Hic enim quantùm ad totum jus pertinet, perindè habetur atque ſi ingenuus natus eſſet. Nec patronus ejus poteſt ad ſucceſſionem venire. Ideòque Imperatores non facilè ſolent quemquam natalibus reſtituere, niſi conſentiente patrono.

consentir à la Légitimation d'un bâtard. Le patron, dans le droit Romain, n'étoit pas seulement en droit de faire casser le testament de son affranchi, quand il étoit exclu par cet acte de sa portion légale, il pouvoit encore faire annuller toutes les donations, ventes, & autres aliénations que l'affranchi avoit faites de son vivant pour diminuer ou anéantir son hérédité (*). Ainsi tout ce que l'on peut inférer du texte cité par d'Argentré, c'est que son opinion doit être admise dans les coutumes qui interdisent à la fois toutes les dispositions entre vifs & tous les actes de dernière volonté, par lesquels on pourroit préjudicier à un héritier présomptif; mais conclure de là qu'il en doit être de même dans les coutumes où les testamens & les donations à cause de mort sont seuls soumis aux réserves qu'elles établissent, c'est, on le voit clairement, une conséquence plus étendue que le principe dont elle part, & conséquemment vicieuse.

Aussi quoique l'opinion de le Brun & de d'Argentré fût encore la plus commune dans le temps où M. Daguesseau écrivoit sa dissertation sur les bâtards, il paroît qu'on la rejette constamment aujourd'hui. Témoin l'annotateur de Bourjon qui s'exprime en ces termes à l'endroit cité plus haut : » Actuellement on pense très-
» généralement que pour rendre le bâtard légi-
» timé capable de succéder à ses père & mère,
» il suffit que les lettres de Légitimation aient
» été obtenues de leur consentement «.

(*) Voyez dans le digeste, le titre *si quid in fraudem patroni.*

Denizart s'explique de même au mot *Légitimation*, & rapporte un arrêt du 6 août 1760, qui confirme ce qu'il avance; en voici l'espèce: » François le Maire, né à Bohain en Picardie, » obtint au mois de février 1733, du consentement de sa mère, de son aïeul, & de tous » ses oncles & tantes naturels maternels, des » lettres de Légitimation qui le rendoient *capable* » *de recueillir toutes successions*, &c.; elles furent » enregistrées en la cour & dans les autres tri- » bunaux nécessaires. Vingt-cinq ans après ces enre- » gistremens, une des tantes de le Maire, qui » avoit consenti à sa Légitimation, décéda: il se » présenta pour recueillir sa succession avec ses » cousines-germaines, filles de l'un des consen- » tans: mais ses cousines le soutinrent incapable, » sous prétexte que quoiqu'elles existassent au » temps des lettres, il n'avoit pas demandé leur » consentement pour les obtenir. Leur père étoit » mort avant sa sœur, dont elles demandoient » la succession à l'exclusion de le Maire; & » comme elles succédoient de leur chef, elles » disoient que le consentement de leur père étoit » devenu caduc & sans effet contre elles. Le » Maire leur répondoit que le consentement de » leur père avoit effet dans toute sa descendance; » que d'ailleurs étant encore fort jeunes & n'ayant » aucun droit acquis au moment de la Légitima- » tion, & tenant de leur père l'expectative de » tous ceux qu'elles pouvoient avoir un jour, » elles n'eussent pas été parties capables de con- » courir ou de se refuser personnellement au » vœu de la famille & aux effets de la Légiti- » mation; que le droit du légitimé ayant été une » fois acquis, il n'avoit pu le perdre, &c. Par

» arrêt

» arrêt rendu le mercredi 6 août 1760, le Maire » fut jugé capable de succéder à sa tante «. Il est évident néanmoins, d'après un passage de d'Argentré transcrit ci-dessus, que les moyens de la défense rapportés par Denizart, étoient insoutenables dans la supposition que le consentement des héritiers présomptifs de la tante dût concourir avec le consentement de celle-ci, pour établir entre le Maire & elle une successibilité réciproque; il faut donc que cet arrêt ait proscrit l'opinion que nous combattons ici.

Mais cette opinion, quoique contraire aux vrais principes, n'est-elle pas autorisée de fait par cette clause que l'on insère presque toujours dans les lettres de Légitimation, *pourvu toutefois, quant aux successions de ses père & mère, que ce soit du consentement de ceux qui leur doivent succéder?* Furgole avoit cru, dans la première édition de ses questions sur l'ordonnance de 1731, que cette clause empêchoit même en pays de droit écrit, qu'un fils légitimé ne pût succéder à son père, à l'exclusion des collatéraux qui n'avoient pas consenti à l'entérinement de ses lettres; mais il s'est rétracté dans la seconde édition sur le fondement de l'arrêt du parlement de Toulouse du 6 septembre 1736, que nous avons déjà cité plusieurs fois.

Il faut cependant donner un effet à la clause dont il s'agit, & voici comment on peut concilier cet effet avec le sentiment que nous venons d'établir.

Si par ces mots, *ceux qui doivent succéder*, on entendoit tous les héritiers présomptifs *ab intestat*, la successibilité que le roi accorde au bâtard en le légitimant, seroit presque toujours

illusoire, & par-là on détruiroit une des premières règles du droit, suivant laquelle une grâce émanée du prince ne doit jamais être sans effet. Il faut donc restreindre les termes cités à leur signification stricte & rigoureuse, & par conséquent n'entendre par *ceux qui doivent succéder*, que les héritiers dont on ne peut en aucune façon frustrer les espérances, & qui succèdent malgré toutes les dispositions que l'on pourroit faire pour les exclure.

Ainsi, 1°. lorsque le père qui veut faire légitimer ses enfans naturels, a d'autres enfans nés légitimes, le consentement de ceux-ci est nécessaire pour donner à ceux-là le droit de concourir avec eux dans la succession paternelle, parce qu'un fils légitime est tellement appelé par la loi, qu'il n'est pas au pouvoir de son père de l'exclure (*). Quelques-uns même ont pensé que le consentement des enfans légitimes à la Légitimation du bâtard n'étoit d'aucun effet pour la successibilité. Mais, dit le Brun, » quoiqu'en

(*) *C'est ce qu'a jugé un arrêt du grand conseil de Malines, rapporté par Cristin.* Quòd autem, *dit cet auteur*, non videatur posse fieri legitimatio per principis rescriptum in præjudicium legitimorum, etsi in præjudicium agnatorum fieri possit, censuit in judicando supremus senatus Mechliniensis 23 decembris anno 1606, inter comitem Ernestum de Mansfeldt filium naturalem legitimatum defuncti principis ex unâ, & Renatum de Chalon & consortes ex aliâ, dùm idem Ernestus vellet se fundare heredem simplicem prædefuncti illustrissimi domini comitis de Mansfeldt sui patris, & sic excludere dictum Chalon, fundantem se heredem sub beneficio inventarii, per ea quæ tradidi. Succubuit enim dictus Ernestus & per sententiam dictæ curiæ solùm appellatur filius naturalis, & ita habita fuit Legitimatio pro nullâ respectu legitimorum quoad successionem patris.

» ce cas la Légitimation soit moins favorable, » néanmoins si elle se trouvoit faite du consente- » ment des enfans légitimes, qui lors de cette » Légitimation eussent été en âge de donner un » consentement valable, je ne vois pas pourquoi » la clause de succéder ainsi approuvée ne pût » pas s'exécuter, supposé qu'on ne trouve en » cela aucun intérêt public qui empêche que l'on » ait égard au consentement des héritiers pré- » somptifs, en quelque ligne & en quelque » degré qu'ils puissent être, quoiqu'à vrai dire, » cette condition manque si souvent par les pré- » décès qui arrivent, que l'on peut dire qu'or- » dinairement elle rend la clause de succéder » absolument inutile «.

Il faut convenir aussi que le consentement des enfans légitimes peut souvent être extorqué; & quoique régulièrement on ne restitue point un collatéral contre le consentement par lui donné à la Légitimation, comme l'a jugé un arrêt rapporté sans date au journal des audiences, à l'occasion d'un autre du 21 avril 1637, néanmoins on est plus indulgent à l'égard des enfans légitimes; » & Pithou en ses notes manuscrites sur » l'article 117 de la coutume de Troyes, rap- » porte un arrêt du 7 juillet 1616, qui a restitué » un fils contre le consentement qu'il avoit donné » à la Légitimation d'un frère naturel «. *Le Maître sur l'article 318 de la coutume de Paris.*

On a vu plus haut que la survenance d'un ou de plusieurs enfans légitimes ne révoque point la Légitimation d'un enfant naturel; Gravefole & Serres concluent de là, que le bâtard légitimé avant la naissance de ses frères légitimes, a droit de concourir avec eux dans l'hérédité du père

commun ; & c'eſt en effet ce qu'a jugé l'arrêt du parlement de Bordeaux du 14 août 1565, que nous avons cité d'après Bacquet. Mais Furgole paroît s'éloigner de cette opinion, puiſqu'il dit en ſa queſtion 18 ſur l'ordonnance de 1731, que » ſi la faculté de ſuccéder qui eſt attribuée » au bâtard par les lettres de Légitimation ſouffre » quelque atteinte par la naiſſance des enfans lé- » gitimes, cela n'a pas pour fondement la diſ- » poſition de la loi *ſi unquàm*, mais bien l'iné- » galité de faveur qu'il y a entre les enfans » légitimes, & ceux qui ſont légitimés par reſ- » crit «. Le Brun dit également, » que le conſen- » tement des enfans légitimes, quoique nés de- » puis la Légitimation par lettres des enfans na- » turels, eſt requis & doit confirmer la Légiti- » mation, ſans quoi elle demeure nulle «.

Cette opinion eſt ſans contredit plus équitable & plus conforme à l'honnêteté publique que celle de Graverole & de Serres. Peut-être cependant pourroit-on à la rigueur regarder l'avis de ces deux auteurs comme le plus exact & le plus juridique : on ſe rappelle toutes les raiſons que nous avons employées ci-deſſus pour faire voir que la Légitimation d'un bâtard n'eſt point révoquée par la ſurvenance d'un enfant légitime ; ces raiſons s'appliquent également à la ſucceſſibilité, qui eſt toujours dans le bâtard la ſuite du conſentement donné par ſon père à ſa Légitimation.

2°. Dans les pays de droit écrit & les autres endroits où les aſcendans ont une légitime à prétendre ſur les ſucceſſions de leurs enfans décédés ſans enfans, il eſt inconteſtable qu'ils ſont compris ſous les mots, *doivent ſuccéder* ; ainſi lorſque la clauſe dont nous parlons ſe trouve dans des

lettres de Légitimation, le bâtard légitimé ne peut dans ces pays ſuccéder à ſon père ſans le conſentement des aſcendans ultérieurs.

3°. Les héritiers des réſerves coutumières ſont auſſi du nombre de ceux qui *doivent ſuccéder* nonobſtant toutes les diſpoſitions que le défunt pourroit faire pour les exclure. Par conſéquent on peut dire que dans le cas de la clauſe mentionnée ci-deſſus le défaut de conſentement de ces héritiers laiſſe le bâtard légitimé dans ſon inhabilité naturelle de ſuccéder aux biens indiſponibles; mais ce défaut n'empêche pas qu'il ne puiſſe recueillir les biens libres; car, dit M. Serres, quoique les collatéraux puiſſent ſuccéder à ces biens, on ne peut pas dire qu'ils *doivent* néceſſairement le faire, » attendu que la ſucceſſion peut leur être ôtée » par une diſpoſition du défunt, & que la Lé» gitimation pourſuivie par le père vaut un pacte » de ſuccéder pour l'enfant légitimé, pacte re» vêtu, pour ainſi dire, de l'autorité royale «.

Cette diſtinction des biens compris dans les réſerves coutumières, d'avec les biens diſponibles, n'eſt pas nouvelle; nous en avons puiſé l'idée dans le commentaire de le Boucq ſur la coutume de Lille; » Me ſemble, dit cet auteur, que la » citation & conſentement des héritiers apparens » duſſent être requis au fait de ladite diſpenſation » de ſuccéder, en tant que touche les héritages » & autres biens patrimoniaux ou deſcendans » d'une famille, leſquels ils ont intérêt qu'ils ne » parviennent à une race infame; mais non pour » le regard des acquêts & autres biens qui ne » tiennent côte & ligne de celui qui prétend faire » légitimer ſon fils bâtard, pour leſquels comme » procédans de ſon induſtrie & travail, ou autre-

» ment en somme que de succession, il y auroit
» moins de raison de requérir autre consente-
» ment que de celui qui les a lui-même acquis:
» laquelle distinction qui est assez plausible, &
» jusques ores non objectée, j'ai tiré & conçu
» de ce que traite Alexandre, *consil.* 25, *lib.* 1,
» auquel & autres par lui cottés pourront avoir
» recours ceux auxquels elle sembler convenable
» au droit & à la raison «.

On demande si un père peut priver de sa légitime un enfant qu'il a fait légitimer avec clause de pouvoir succéder. Le parlement de Bordeaux a jugé que non par l'arrêt déjà cité du 14 août 1565. Telle est aussi la jurisprudence du parlement de Toulouse : » Si le père en mourant n'a » pas d'enfans légitimes, dit M. Serres, il ne peut » pas s'empêcher d'instituer, du moins en la lé- » gitime, son bâtard légitimé par le prince; & » il a été jugé que le testament où l'enfant lé- » gitimé par lettres avoit été prétérit & la cause » pie instituée héritière, étoit nul, nonobstant » même la clause codicillaire : l'arrêt est du 6 » septembre 1736, rendu au parlement de Tou- » louse, en faveur de la demoiselle Dupuy, » fille légitimée de Me Dupuy, avocat, contre » l'hôtel-dieu de la ville de Saint-Girons, qui » maintint cette fille légitimée dans l'entière suc- » cession de son père, bien que les parens col- » latéraux n'eussent pas consenti à sa Légitima- » tion «. Cet arrêt est aussi rapporté par Furgole, qui avoit écrit pour la demoiselle Dupuy.

Les pays coutumiers paroissent avoir là-dessus une jurisprudence toute différente. On trouve dans les notes sur Papon » un arrêt général d'a- » vril 1569, par lequel il fut dit pour une fille

» légitimée, qu'elle ſe contenteroit de la moitié
» de la ſucceſſion par uſufruit «. M. Stockmans,
déciſion 68, dit que le conſeil ſouverain de Brabant a jugé pluſieurs fois de ſon temps, qu'un bâtard légitimé par lettres ne peut ni arguer de prétérition le teſtament de ſon père, ni demander un ſupplément de légitime, ni faire à ce titre aucune diſtraction du fidéicommis dont il eſt grevé.

Ce n'eſt pas la ſeule différence qu'il y ait ſur ce point entre les pays de droit écrit & ceux de droit coutumier. Dans les uns, il eſt conſtant que la Légitimation par lettres ſoumet l'enfant naturel à la puiſſance de ſon père; dans les autres au contraire, c'eſt-à-dire dans les coutumes qui admettent la puiſſance paternelle, cela forme une queſtion que M. Dagueſſeau appelle épineuſe : » Ceux qui ſoutiennent l'affirmative,
» dit-il, citent en faveur de leur ſentiment les
» loix Romaines, qui en ont des diſpoſitions pré-
» ciſes; ils appellent à leur ſecours l'intérêt pu-
» blic, qui veut que les enfans ſoient ſoumis à
» la puiſſance de leur père, & qui n'admet point
» de demi-bâtards; ils ſoutiennent que la famille
» n'a aucun intérêt d'empêcher cette ſujétion du
» bâtard à l'autorité de ſon père, & qu'enfin leur
» ſentiment eſt fondé ſur l'honnêteté publique :
» ceux qui ſoutiennent la négative, diſent au
» contraire, que le bâtard ne devenant point par
» cette Légitimation l'héritier *ſien* de ſon père,
» ne tombe point non plus ſous la puiſſance pa-
» ternelle; que les lettres du prince effacent à la
» vérité la tache de la naiſſance, mais qu'elle
» ne font point, comme en droit Romain, que
» le bâtard entre dans la famille de ſon père;

» que cette Légitimation eſt de droit écrit ; que » les coutumes qui ont parlé de la puiſſance pa- » ternelle n'ont point eu en vue ces ſortes d'en- » fans «. M. Dagueſſeau ajoute que cette queſtion ayant été propoſée dans une conférence à laquelle il aſſiſtoit, les avis furent partagés ; que cependant le plus grand nombre ſe détermina pour la négative.

La Légitimation par lettres du bâtard né d'un père noble, lui donne-t-elle le privilége de la nobleſſe ? Les auteurs Italiens & Allemands n'élèvent aucun doute ſur l'affirmative : tels ſont, entre autres, Pariſius, Balde, Forſterius, le cardinal Paléote, & Myler. Il y a même en Eſpagne une loi expreſſe qui confirme cette opinion (*) ; & d'Argentré l'applique ſans difficulté à notre juriſprudence (**) ; mais Loiſeau, Bouvot, M. Tiraqueau, M. le Bret & M. Dagueſſeau penſent autrement, & leur avis a prévalu parmi nous.

Le bâtard légitimé par lettres ne jouit pas du droit de patronage attaché à la famille : c'eſt ce

(*) Son dende en adelante legitimos y han todas las honoras y los proes que han los fiios que nacen de caſamiente Derecho. *Loix partites*, part. 4, tit. 15, l. 4.

(**) M. Dagueſſeau cite d'Argentré pour l'opinion contraire ; c'eſt une mépriſe échappée à ce magiſtrat immortel. Voici comme s'exprime d'Argentré : *Natalium reſtitutio ſimpliciter non nobilitat, ſed reſtituit ad eam quæ regularis eſt omnium hominum, non ad hanc ſpecialem quæ nobilitat, cùm nobilitatio ſæpè conferatur hominibus cætera legitimè natis .... Nec poſſint reſtitui ad id quod antè pater eorum non habuit. Hoc modo qui baſtardi ſunt nobilium reſtituti* ET NOBILITATEM *& legitimationem conſequuntur, quorum neutrum habuerunt naſcendi tempore.*

qui a été jugé dans cette espèce. Un seigneur, baron de Beaugé, en vendant sa terre, s'étoit réservé à lui & aux siens le droit de patronage. Anne de Montcalquier sa fille avoit épousé le comte de Soissons, & du fils de leur mariage étoit né un enfant, qui, ayant été légitimé, étoit devenu baron de Beaugé, & avoit transmis cette terre à madame de Luynes sa fille. La cure de Fougeré ayant vaqué, M. de Luynes, comme baron de Beaugé, à cause de sa femme, avoit présenté un prêtre qui s'étoit adressé au grand-vicaire de l'évêque : on lui avoit répondu, *locus est plenus*, le patronage dont il s'agit est attaché à la famille & non à la baronnie. M. de Luynes avoit fait une nouvelle présentation, & le présenté ayant obtenu des provisions du chapitre de Tours, avoit formé complainte contre le pourvu par l'évêque: les choses en cet état, sentence au présidial de la Fleche, qui adjuge la récréance au présenté. Le pourvu par l'évêque meurt après avoir abdiqué son bénéfice, avec faculté à l'évêque d'en disposer sous le consentement du véritable patron. L'évêque pourvoit sur la présentation du prince de Carignan, descendant légitime d'Anne de Montcalquier; le nouveau pourvu forme sa complainte; le présidial de la Fleche appointe en droit; appel. La cause portée à l'audience de la grand'chambre, on convenoit que le patronage dont il étoit question étoit attaché à la famille, mais on ajoutoit que madame de Luynes descendoit d'un légitimé, & que la Légitimation ne transmet point les droits du sang. Par arrêt du 17 février 1719, rendu sur les conclusions de M. Gilbert, la cour évoquant le principal & y faisant droit, a maintenu le pourvu par l'évêque

en possession & jouissance du bénéfice litigieux, & sur la demande en restitution de fruits, a mis les parties hors de cour.

La Légitimation par lettres ne révoque point la donation faite antérieurement à un étranger: c'est la disposition textuelle de l'ordonnance de 1731, article 39.

Elle ne fait pas non plus cesser la condition *si sine liberis* apposée à une substitution : c'est ce que décide l'ordonnance de 1747, titre 1, article 23 : » Dans les substitutions faites sous la condi-
» tion que le grevé vienne à décéder sans enfans,
» le cas prévu par ladite condition sera censé
» être arrivé, lorsqu'au jour du décès du grevé il
» n'y aura aucuns enfans légitimes & capables
» des effets civils, sans qu'on puisse avoir égard
» à l'existence des enfans naturels, même légi-
» timés autrement que par mariage subséquent «. Cela avoit déjà été ainsi jugé par un arrêt du parlement de Toulouse du mois d'août 1693, rapporté dans le recueil de M. de Catelan.

On a douté autrefois si un bâtard légitimé par lettres étoit capable de posséder un fief : cette question singulière a été jugée pour l'affirmative par arrêt du parlement de Paris du 14 août 1456, rendu contre le comte de Ventador, seigneur de Joinville, qui refusoit de recevoir Jean du Vergier à la foi & hommage de la terre de Sabliac à lui donnée par son père naturel. Cet arrêt est rapporté par Papon, livre 21, titre 3.

Dans les coutumes qui excluent les filles dotées par leur père de sa succession, les mâles légitimés par lettres depuis la dotation de leur sœur légitime, ne l'empêchent point de succéder, quand même elle auroit consenti à l'entérinement de

leurs lettres. C'eſt la remarque de Dumoulin ſur l'article 48 de la coutume de Franche-Comté (*).

Mais ſi la Légitimation avoit été faite avant la dotation, & que la fille y eût conſenti, il ſembleroit que l'excluſion dût avoir lieu comme ayant été prévue lors du mariage. Cependant le Brun décide qu'en ce cas même la fille dotée n'eſt point excluſe, parce que le légitimé ne ſuccède que par ſon conſentement, & qu'elle n'a point dû ſuppoſer, en l'admettant à la participation des eſpérances d'une hérédité future, ſe donner indirectement l'excluſion à elle-même.

On peut encore demander ſi dans les coutumes d'égalité parfaite les légitimés par lettres peuvent demander le rapport à leurs frères légitimes. Il faut diſtinguer ſi ceux-ci viennent à la ſucceſſion, ou s'ils renoncent : dans le premier cas, le rapport a lieu ſans difficulté : mais il en eſt autrement dans le ſecond, parce qu'au temps de la Légitimation, les enfans légitimes avoient un droit acquis entre eux de ſe tenir à leurs donations reſpectives, en renonçant, car dans les coutumes dont il s'agit il n'y a point de rapport forcé entre les renonçans. Or, perſonne n'eſt préſumé abdiquer un droit déjà acquis; il faut en ce cas un déſiſtement précis & formel. » Ainſi, dit le Brun, le conſentement que les » enfans légitimes ont prêté à l'entérinement » des lettres de Légitimation portant clauſe de » ſuccéder, ſe doit expliquer de telle manière » que ce ſoit, ſans préjudice du droit qui leur a

(*) Voici les termes de cette note : *Secùs ergò de legitimatis, quia non poſſunt legitimari in præjudicium hujus excluſionis limitatæ, ſive conſuetudinariæ, ſive conventæ.*

» été acquis aux termes de leurs donations, auxquelles il leur sera permis de se tenir, en renonçant à la succession, laquelle en ce cas appartiendra toute entière aux enfans légitimés par lettres, sans qu'ils puissent obliger les légitimes au rapport, si ce n'est qu'ils ne se portent aussi héritiers «.

Il nous reste à parler de la succession des bâtards légitimés par lettres. Cette matière doit être examinée, & par rapport aux parens, & par rapport aux seigneurs.

On a cru long-temps que les parens tant paternels que maternels du bâtard légitimé par lettres, étoient habiles à lui succéder, quoiqu'ils n'eussent pas consenti à sa Légitimation. C'est ce qu'ont pensé M. le Bret, traité de la souveraineté, livre 2, chapitre 12; Bacquet, du droit de bâtardise, chapitre 4; Chopin sur Anjou, livre 5, chapitre 41; Carondas, livre 3, réponse 85; Loiseau, des seigneuries, chapitre 12, n. 114. Cette opinion a même été confirmée par plusieurs arrêts. » Mais, dit M. Daguesseau, lorsqu'on s'est dépouillé du préjugé qui naissoit de ces autorités, & qu'on a examiné attentivement les principes, on a été obligé de prendre un avis tout différent. On a considéré qu'il n'y a point de règle plus certaine en matière de succession, que celle qui en exclut tous ceux qui ne sont point appelés par la loi & qui ne sont pas véritablement parens. . . . . Cette règle présupposée, on a réduit la difficulté à examiner si le bâtard légitimé par lettres du prince commence, par le moyen de cette Légitimation, à faire partie de la famille de ses père & mère; & comme il est certain qu'elle . . . . . .

» ne lui imprime point le caractère de parent, » on a conclu que cette Légitimation ne pouvoit » pas donner aux parens de ses père & mère le » droit de lui succéder. . . . . L'arrêt du conseil » qui a été rendu dans les derniers temps au » sujet de la succession du chevalier de Longue- » ville, achève de prouver cette vérité. Et quoi- » que les sentences de la chambre du domaine » n'aient pas la même autorité que des arrêts, » cependant elles assurent l'usage, parce que c'est » la juridiction où ces sortes d'affaires sont por- » tées en première instance; or, la jurisprudence » de ce tribunal est présentement certaine en ce » point; & la question dont il s'agit y a été » précisément jugée le 28 février 1698, contre » les parens de Jean de Bernay. . . . . Lorsque » la clause de succéder se trouve donc dans des » lettres de Légitimation, elle doit être entendue, » pourvu que les parens aient consenti à leur en- » térinement, & qu'eux & le bâtard, par une » espèce de convention, se soient rendus capables » de se succéder réciproquement. Hors ce cas » unique, les parens sont exclus de la succession » du bâtard légitimé par lettres du prince «.

Aux arrêts sur lesquels M. Daguesseau appuie cette doctrine, on peut en ajouter un du grand conseil de Malines : M. Dufief qui le rapporte, commence par demander » si les parens qui n'ont » pas consenti à la Légitimation de leurs enfans » naturels, peuvent leur succéder *ab intestat* «; & il répond, que » par arrêt du 26 juin 1636 » il a été jugé qu'ils ne doivent pas succéder, » *cùm in materiâ successionis attendatur recipro-* » *catio, & cui succedere non possum, non potest* » *ipse mihi succedere* «.

Le Brun prétend qu'il faut excepter de cette règle » le cas de la succession réciproque de plu- » sieurs frères, enfans naturels d'un même père » & d'une même mère; car, dit cet auteur, ils » se succèdent les uns aux autres en vertu de la » Légitimation obtenue par le père, & sans y » avoir donné un consentement formel, parce » que le titre de leur Légitimation est celui de » cette succession réciproque qui a lieu entre » eux; ce qui arrive à l'instar d'une famille étran- » gère qui est naturalisée «.

Cette opinion est conforme à l'article 38 de la coutume de Bayonne, dont voici les termes : *Entre bâtards légitimés, frères de père & de mère, si l'un d'eux décède sans faire testament & sans enfans, l'autre ou autres survivans lui succèdent.* On dira peut-être que cette disposition ne doit s'appliquer qu'à la Légitimation par mariage subséquent, & qu'elle ne convient point à la Légitimation par lettres; mais il est évident que la coutume n'a entendu parler que de celle-ci, & point du tout de celle-là : en effet, elle préfère les enfans légitimés entre eux, non seulement à leurs père & mère, dont elle ne fait point mention, mais encore à leurs frères nés en mariage légitime, soit du même père & de la même mère, soit de l'un ou de l'autre seulement; ce qui ne peut certainement pas s'adapter aux légitimés par mariage subséquent, puisque leur condition est absolument la même que s'ils étoient nés légitimes.

Une autre exception qu'apporte l'article 39 de la même coutume à la doctrine si bien établie par M. Daguesseau, est que *si tous les bâtards légitimés décèdent sans faire testament & sans*

enfans, les plus prochains lignagers de loyal mariage, tant du père que de la mère, s'il y en a de tous côtés, succèdent au dernier décédé. Ce texte ne requiert point, pour admettre les parens du bâtard légitimé à lui succéder, qu'ils aient donné leur consentement à sa Légitimation; & il paroît d'après l'article précédent, que ce seroit altérer la coutume, que d'y ajouter cette condition.

La coutume de la châtellenie de Lille a été rédigée dans le même esprit; c'est la conséquence que présente l'article 62 du titre 2 de cette loi municipale : *Les parens collatéraux ne peuvent succéder ès fiefs & héritages venant d'un bâtard non légitimé, qu'après la tierce génération.* Il résulte naturellement de ces termes, que si le bâtard est légitimé, l'intention de la coutume est d'appeler ses parens à sa succession, soit qu'ils aient consenti ou non à l'entérinement de ses lettres.

Lorsque le bâtard légitimé ne laisse point de parens habiles à lui succéder, sa succession appartient-elle au seigneur par droit de déshérence, ou se règle-t-elle par les principes du droit de bâtardise? Une chose bien certaine & bien propre à résoudre cette question, est que les lettres de Légitimation n'ont point été accordées pour l'avantage du seigneur, conséquemment elles ne doivent rien opérer en sa faveur; car on ne doit jamais étendre les grâces émanées de la bienfaisance du législateur, au delà des termes dans lesquels il l'a circonscrite, sur-tout lorsque cette extension préjudicieroit au législateur lui-même. La succession du bâtard légitimé par lettres doit donc être réglée entre le roi & les seigneurs,

de la même manière qu'elle l'auroit été, s'il n'avoit pas obtenu des lettres de Légitimation.

» On pourroit, suivant M. Daguesseau, op» poser à cette décision la disposition de l'article » 198 de la coutume de Sedan, qui donne au » prince souverain la succession des bâtards, *s'ils* » *n'ont de lui lettres ou priviléges contraires*; ce » qui semble exclure absolument le roi de la suc» cession du bâtard lorsqu'il l'a légitimé : en effet, » ne pourroit-on point dire que le bâtard ayant été » légitimé par le roi, n'est plus considéré comme » bâtard à son égard, & qu'ainsi étant de la même » condition que les autres citoyens, sa succession » doit être déférée par les mêmes règles, soit à » ses parens, s'ils ont consenti à sa Légitimation, » soit au seigneur par droit de déshérence, s'il » ne laisse point d'héritiers légitimes, & s'il » meurt *ab intestat* «? M. Daguesseau ajoute que cette question mérite bien d'être examinée, & en effet il ne paroît pas que l'interprétation proposée par ce magistrat soit admissible : il ne faut pour s'en convaincre, que lire d'un seul contexte l'article dont il s'agit ; en voici les termes : *Et quant aux autres parens & lignagers des bâtards décédés sans hoirs légitimes procréés de leurs corps, ils ne succèdent auxdits bâtards, ains les successions & biens desdits bâtards appartiennent au seigneur souverain, s'ils n'ont de lui lettres ou priviléges au contraire.* On voit qu'il n'est point du tout question de seigneur dans ce texte, & qu'il s'y agit seulement de savoir si l'hérédité d'un bâtard appartient au roi ou à ses parens. La coutume décide en faveur du roi pour le cas où le bâtard n'a point été légitimé par lettres ; elle ne déclare pas, il est vrai, à qui, dans le cas contraire,

contraire, devront retourner ſes biens; mais il eſt évident qu'alors même elle ne les donne point au ſeigneur par droit de déshérence, puiſqu'encore une fois elle ne parle point de lui : il faut donc dire qu'elle les défère également au roi, à moins que les parens du bâtard n'aient conſenti à ſa Légitimation; car ce conſentement étant, comme on vient de le voir, indiſpenſable pour établir le droit de ſucceſſibilité entre le bâtard & ſes parens naturels, on doit croire que quand la coutume attribue aux lettres de Légitimation la vertu d'exclure le ſouverain, elle les ſuppoſe revêtues de toutes les formalités requiſes par les maximes générales de notre juriſprudence.

Nous terminerons cet article par le précis d'un arrêt aſſez récent, qui confirme & explique quelques-unes des règles que nous avons établies, concernant les effets de la Légitimation par lettres.

M. Brunet de Mont-Forent, préſident en la chambre des comptes de Paris, avoit eu de la demoiſelle Marie le Maſſon un enfant naturel dont il avoit toujours pris les plus grands ſoins. Cet enfant, connu depuis ſous le nom de Brunet de Mont-Jamon, avoit à peine cinq ans, que ſon père diſpoſa de cette manière par ſon teſtament du 24 ſeptembre 1693 : *Je donne la ſomme de quarante-cinq mille livres qui ſera payée comme dot à mon fils naturel, que mon intention eſt de faire légitimer au plutôt.* Le teſtateur mourut en 1696, ſans avoir pu conſommer le projet qu'il avoit conçu de faire légitimer ſon fils : mais ſes parens entrèrent dans ſes vues, & donnèrent en 1706 tous les conſentemens néceſſaires pour faire accorder au ſieur de Mont-Jamon des lettres de

Légitimation. En conséquence elles furent obtenues au mois de Janvier 1707, avec clause de pouvoir succéder & transmettre à ses enfans ou autres héritiers les biens qu'il laisseroit à sa mort, sans qu'on pût les revendiquer par droit de bâtardise. Ces lettres furent enregistrées au châtelet & à la chambre des comptes les 26 janvier & 10 février 1707.

Le sieur de Mont-Jamon ainsi décoré de la Légitimation, parvint à être pourvu de la place de trésorier des troupes en Artois, & ensuite de la même commission à Lille.

Ces emplois lui firent prendre des maisons à loyers, tantôt à Arras, tantôt à Lille.

Comme les lettres de Légitimation n'avoient point été adressées au parlement, il prit le parti d'obtenir des lettres de confirmation. Elles lui furent accordées au mois de janvier 1753, & enregistrées au parlement de Paris le 26 février de la même année.

Le sieur de Mont-Jamon étant venu à décéder à Lille en mai 1761, sentence intervint au bureau des finances de la même ville, le 8 octobre suivant, qui adjugea sa succession au roi, à titre de bâtardise.

M. le président de Noinville & les autres parens naturels du défunt se rendirent appelans de cette sentence au parlement de Flandres. Pour en soutenir le bien jugé, le receveur des domaines disoit que les lettres de Légitimation n'établissent pas un droit de successibilité entre le légitimé & ses parens naturels.

Il est vrai, ajoutoit-il, qu'il y a des exemples où les bâtards légitimés & leurs parens naturels se sont succédés réciproquement ; mais c'étoit

dans des cas où il se trouvoit des conventions précises de succession réciproque, & c'est ce que l'on ne remarque pas dans notre espèce : car par l'acte de 1706 les parens du sieur de Mont-Jamon déclarent seulement le reconnoître pour fils naturel du président de Mont-Forent, & consentir, en tant qu'il est en leur pouvoir & que besoin seroit, qu'il obtienne des lettres de Légitimation, & jouisse de l'effet d'icelles. Cet acte n'est pas même signé du sieur de Mont-Jamon ; tout ce qu'on y trouve, c'est un simple consentement à l'obtention des lettres, sans aucun mélange de convention ni d'espérance de succéder.

D'ailleurs, ces lettres sont nulles par deux défauts de formalités : 1°. elles n'ont été obtenues qu'après le décès du président de Mont-Forent : 2°. elles n'ont été enregistrées ni au bureau des finances de Paris, ni à celui de Lille, ni même au parlement de Flandre, dans le ressort duquel le sieur de Mont-Jamon étoit domicilié.

Malgré ces raisons, la sentence du bureau des finances de Lille a été infirmée, & la succession adjugée aux héritiers, par arrêt du parlement de Flandre du 20 mai 1765 : le receveur des domaines s'est pourvu en cassation, & a fait admettre sa requête ; mais par arrêt rendu au rapport de M. le Noir, le 21 mars 1768, le conseil l'a débouté de sa demande.

On devine aisément les motifs qui ont dicté ces deux arrêts : les parens du sieur de Mont-Jamon avoient consenti qu'il se fît légitimer & qu'il jouît de tous les effets de la Légitimation. Or le principal de ces effets étoit d'établir entre eux & lui une espèce d'agnation & de faculté de se succéder : on pouvoit donc dire qu'il

s'étoit formé par l'acte de 1706 un vrai pacte de succeffibilité réciproque, & par conféquent cette efpèce devoit être rangée dans la claffe même de celle où le receveur des domaines étoit forcé de convenir que les parens du bâtard légitimé lui fuccèdent à l'exclufion du fifc.

La nullité que l'on reprochoit aux lettres du fieur de Mont-Jamon, en ce qu'elles n'avoient pas été obtenues au nom du père, n'étoit pas appuyée fur un meilleur fondement. La loi exige, il eft vrai, le confentement du père pour légitimer l'enfant naturel à fon égard; mais lorfqu'il ne s'agit que d'habiliter le bâtard à fuccéder & à tranfmettre fa fucceffion à fes parens collatéraux, le confentement de ceux-ci doit fuffire pour l'obtention des lettres.

Il ne refte plus que le défaut d'enregiftrement au bureau des finances de Paris ou de Lille & au parlement de Flandre. Mais, 1°. il eft clair que l'enregiftrement fait en la chambre des comptes doit fuppléer au défaut de cette formalité dans les bureaux des finances. 2°. Le fieur de Mont-Jamon étoit né à Paris en 1688; il y avoit fait fa réfidence jufqu'en 1717, & il n'avoit quitté cette ville, que pour exercer un emploi de tréforier des troupes à Arras, & enfuite à Lille; il étoit donc naturel qu'il fe regardât, quoique réfident en Flandre, comme domicilié à Paris, & que par conféquent il fît adreffer fes lettres au parlement de Paris & non à celui de Douai. Cela réfulte des principes établis à l'article DOMICILE.

Voyez le journal du palais & celui des audiences; Voet & Zoez fur le digefte, titre de concubinis; *le code de Juftinien, titre* de naturalibus liberis; *les novelles* 18, 74, 78 *&* 89; *le titre*

des décrétales, qui filii sunt legitimi; *la bibliothèque canonique de Bouchel*; *le traité de l'abus par Fevret; les conférences de Paris sur le mariage; les traités particuliers sur la Légitimation, insérés dans le* tractatus tractatuum; *le traité du contrat de mariage de Pothier; Furgole, des testamens, tome* 1; *Peregrinus*, de fideicommissis; *la jurisprudence civile de Rousseau de la Combe; Pithou & le Grand sur la coutume de Troyes; Bérault & Basnage sur celle de Normandie; Ferriere, Duplessis, le Maître, & Bourjon sur celle de Paris; Gosson & Maillart sur celle d'Artois; Coquille sur celle de Nivernois, & dans ses questions; les arrêts de Bardet; le plaidoyer* 57, *& la dissertation sur les bâtards, de M. Daguesseau; la collection de jurisprudence; le dictionnaire des arrêts, les controverses de Fachini; Serres en ses institutions au droit François; les arrêts de M. de Catelan, de M. Dulaury, de M. Frivel, de Papon, de M. Louet, de Soefve, & les autres auteurs cités dans cet article.* Voyez aussi BATARD, LÉGITIMITÉ, MARIAGE, &c.

(*Article de M. MERLIN, avocat au parlement de Flandre*).

LÉGITIME. C'est une portion que la loi donne à certains héritiers présomptifs dans des biens qu'ils auroient recueillis en totalité, sans les dispositions que le défunt en a faites à leur préjudice; c'est un remède introduit contre les libéralités indiscrètes de ceux qui doivent naturellement pourvoir à la subsistance de leurs successeurs *ab intestat*; c'est un secours nécessité par la nature & réglé par la loi.

Cette matière dont un usage journalier fait

ſentir l'importance, exige beaucoup de détails : voici l'ordre dans lequel nous nous propoſons de ranger les principes qui y ſont relatifs, & de diſcuter les queſtions qu'elle préſente.

1°. De l'origine de la Légitime. Eſt-elle reçue par-tout ?

2°. De la nature de la Légitime.

3°. Quelles ſont les perſonnes à qui la Légitime eſt due ?

4°. En quels cas y a-t-il ouverture à la demande de la Légitime ?

5°. Comment ceux qui ont droit de Légitime peuvent-ils en être exclus ?

6°. Quelle eſt la quotité de la Légitime ?

7°. Peut-on diminuer ou charger la Légitime ?

8°. De la liquidation de la Légitime.

9°. Du payement de la Légitime.

10°. Des actions concernant la Légitime.

On verra à l'article *Prétérition* à quel titre la Légitime doit être laiſſée à ceux qui en ont le droit.

SECTION PREMIÈRE.

De l'origine de la Légitime. Eſt-elle reçue par-tout ?

La loi qui accorde la Légitime aux enfans, peut être appelée *non ſcripta, ſed nata lex*; elle eſt née, pour ainſi dire, avec l'eſpèce humaine; elle a précédé toutes les conſtitutions civiles & politiques, & c'eſt la nature elle-même qui l'a gravée dans le cœur de tous les pères. On ſent en effet que nourrir l'enfant auquel on a

donné le jour, & lui laiſſer de quoi ſe procurer à lui-même des alimens lorſqu'on ne pourra plus lui en fournir, ſont deux devoirs liés intimement entre eux, & dont l'un eſt la conſéquence néceſſaire de l'autre.

Il fut cependant un temps où les Romains parurent méconnoître ces devoirs ſacrés. Leur fondateur leur avoit donné un pouvoir abſolu de vie & de mort ſur leurs enfans; ſouverains dans leurs familles, & plus deſpotes que pères, ils n'écoutoient que cette fureur de commander qui formoit leur caractère dominant; & non contens de ſe livrer à ces impreſſions pendant leur vie, ils trouvèrent encore le moyen de régner après leur mort ſur toute leur poſtérité. La loi des douze tables leur permit de diſpoſer par teſtament de tout leur patrimoine, & par-là de préférer des étrangers à leur propre ſang; ſi cette permiſſion étoit injuſte, elle étoit du moins conſéquente: puiſque les pères avoient alors le droit d'ôter la vie à leurs enfans, ils devoient à plus forte raiſon avoir celui de les exclure de leur ſucceſſion ſans cauſe & ſans motif.

Mais bientôt la férocité Romaine fut adoucie par les peuples mêmes qui en avoient été les victimes, & ces excès d'autorité ont été renfermés dans les bornes de la juſtice & de la raiſon. Le droit de vie & de mort fut réduit à une ſimple correction, à un châtiment modéré, & l'on ſoumit à un tribunal ſupérieur l'uſage que le père faiſoit de ſa faculté de teſter. Lorſqu'il avoit abuſé de cette faculté, lorſqu'il avoit lancé témérairement la foudre de l'exhérédation, on regardoit ſon teſtament comme l'effet d'une paſſion aveugle, ou comme l'ouvrage d'un eſprit

foible & dérangé, & l'on permettoit aux enfans de l'attaquer par la *querelle d'inofficiosité.*

Ces plaintes devenant trop fréquentes, on crut que comme on avoit accordé aux héritiers étrangers le bénéfice de la falcidie & la trebellianique, il falloit aussi donner aux enfans une certaine portion des biens de leur père, qui fût indépendante de sa volonté, & déférée uniquement par le ministère de la loi : on ne sait pas précisément qui a été l'auteur de cette constitution; Cujas en ses observations, livre 3, chapitre 7, prétend qu'elle a été faite par l'empereur Marc-Aurele; il fonde cette conjecture sur un passage de l'histoire ecclésiastique de Nicéphore, livre 3, chapitre 31. Mais cet auteur paroît se rétracter dans ses notes sur les sentences de Paul; & en effet nous trouvons dans Pline le jeune, livre 5, lettre première, une autorité qui fait voir bien clairement que Nicéphore s'est trompé, & que Marc-Aurele n'a pas été le premier auteur de la loi qu'il lui attribue. Pline avoit été institué héritier par Pomponia Gratilla : Curianus, fils de la testatrice, s'en étant plaint comme d'une disposition inofficieuse, Pline lui dit que ses plaintes seroient mal fondées si sa mère lui eût laissé un quart de sa succession, *si mater te ex parte quartâ scripsisset heredem, nùm queri posses*? Ces termes prouvent nettement que les enfans avoient droit, long-temps avant Marc-Aurele, à une certaine portion des biens de leurs pères & mères; car quoiqu'on ne sache pas l'époque précise de la mort de Pline, on ne peut pas douter néanmoins qu'elle ne soit antérieure au règne de Marc-Aurele, puisqu'il étoit né sous l'empereur Néron mort en 68, & que Marc-Aurele ne parvint à l'empire qu'en 138.

Quoi qu'il en ſoit, la Légitime accordée d'abord aux enfans, & étendue enſuite à d'autres perſonnes, comme on le verra ci-après, n'étoit pas dans le principe auſſi favorable ni fixée au même taux qu'elle l'a été depuis. C'eſt principalement à l'empereur Juſtinien que l'on doit la perfection de cette partie eſſentielle de la juriſprudence; auſſi les loix qu'il a faites à ce ſujet ont-elles été reçues & adoptées ſans la moindre contradiction dans la plupart des états policés.

On dit la plupart, car il s'en trouve encore quelques-uns où la Légitime eſt inconnue. Creſpo de Valdaura (*) nous apprend que dans le royaume d'Arragon les pères ont, par rapport à la diſpoſition de leurs biens & l'exhérédation de leurs enfans, le même pouvoir que la loi des douze tables accordoit aux anciens Romains.

Il en eſt de même dans une grande partie de l'Angleterre; on n'admet point en ce royaume la détraction de Légitime ſur les chatels perſonnels & réels dont le poſſeſſeur a teſté; mais il y a des endroits où les autres biens ſe diviſent en trois portions, dont une eſt pour la veuve, la ſeconde pour les enfans, & la troiſième à la diſpoſition du père (**).

Pour nous renfermer dant la France, il eſt conſtant que la Légitime a toujours été admiſe dans celles de nos provinces qui ont adopté le droit écrit pour leur code municipal. Nous avons même dans les autres un certain nombre de coutumes qui la reconnoiſſent expreſſément; ce ſont

(*) Obſervat. 24, pag. *mihi* 461 & 462.
(**) Cowel, *inſt. juris Anglici*, *lib.* 2, *tit.* 1, §. *de inofficioſo teſtamento.*

Paris, article 298; Orléans, article 274; Calais, article 85; Chauny, article 49; Bourgogne, chapitre 7; Auvergne, chapitre 12, article 14; Berry, chapitre 7, article 10; Nivernois, chapitre 27, article 7; Bourbonnois, article 216; Anjou, articles 20 & 21; Verdun, titre 5, article 1; Châlons, article 63; Rheims, articles 232 & 292; Péronne, article 107; Senlis, article 219; Clermont en Beauvoisis, article 129; Valois, article 133; Melun, article 232; Mante, titre 15, article 1; Auxerre, article 218; Sens, articles 89 & 109; Château-Neuf, article 113; Chartres, article 91; Dreux, article 92; Montargis, chapitre 11, article 1; Vermandois, article 51; Saint-Quentin, article 14; Valenciennes, article 141; bailliage d'Aire, article 37; bailliage de Saint-Omer, article 27; Bourbourg, rubrique 15, article 1; Orchies, chapitre 2, article 1. La coutume de Normandie peut être rangée dans la même classe, puisque le tiers coutumier & le mariage avenant dont elle parle, article 399, ne sont pas autre chose qu'une légitime véritable & proprement dite.

Quoique les autres coutumes soient muettes sur cette matière, on ne doit point douter pour cela que la Légitime n'y ait lieu. Il y en a cependant quelques-unes à l'égard desquelles cette décision a souffert des difficultés.

Par exemple, s'il en faut croire le rédacteur du journal des audiences, il a été jugé par arrêt du 14 janvier 1625, » qu'en la coutume de » Boullonnois qui permet au père de disposer de » tous ses meubles, acquêts & conquêts-immeu- » bles en faveur de telles personnes qu'il lui » plaît, même au préjudice de ses héritiers appa-

» rens, que les enfans ne pouvoient prétendre le
» ſupplément de leur Légitime ſur iceux : auſſi
» que par autre article de la même coutume, il
» eſt permis au père de diſpoſer de ſes fiefs
» d'acquêts juſques aux quatre quints, le quint
» hérédital réſervé aux héritiers : d'où l'on tiroit
» un argument à contre-ſens, qu'ès acquêts cot-
» tiers & roturiers il n'y avoit point de quint
» ni de Légitime, & ce en confirmant la ſentence
» du ſénéchal de Boulogne «.

De là, dit M. le Camus d'Houlouve, les commentateurs & annotateurs de cette coutume ont établi pour principe qu'il n'y a point de Légitime en Boullonnois pour les enfans ; & quelques-uns d'entre eux ont trouvé cette prétendue diſpoſition ſi injuſte, qu'ils ſont convenus de la néceſſité de la réformer ſur ce point.

Mais, ajoute le même auteur, quelque rigoureuſe que ſoit cette coutume, relativement aux enfans, ſoit par les grands avantages qu'elle fait à l'aîné, ſoit en rejetant la repréſentation en ligne directe, elle ne porte pas la rigueur juſqu'à refuſer aux enfans, lorſqu'ils ne veulent pas ſe contenter des réſerves coutumières dans la ſucceſſion de leurs père & mère, ou autres aſcendans, d'y prendre leur Légitime, telle que le droit commun la leur défère. L'obligation des père & mère d'aſſurer après leur mort la ſubſiſtance des enfans à qui ils ont donné l'être, eſt trop équitable, trop univerſellement reconnue, trop viſiblement fondée ſur le droit naturel, pour que l'on puiſſe prendre le ſilence ou la diſpoſition vague d'une coutume, pour une diſpenſe de cette obligation. Et, comme le dit le Brun en répondant à l'arrêt que nous venons de rapporter ; » l'on doit toujours expliquer une

» coutume, en ſorte qu'elle ne contienne pas une
» injuſtice manifeſte, ſuivant ce qui eſt marqué
» en la loi 13, D. *de excuſatione tutorum, ſed &*
» *ſi maximè verba legis hunc habeant intellectum,*
» *tamen mens legiſlatoris aliud vult* «.

L'arrêt de 1625 ne peut donc pas être cité comme un préjugé deſtructif de la Légitime en Boullonnois; auſſi a-t-il été ſuivi d'un autre du 22 juillet 1698, qui a décidé formellement le contraire: nous en rapporterons le diſpoſitif ci-après.

La queſtion que nous agitons ici s'étoit préſentée pour les coutumes d'Amiens & de Ponthieu, avant qu'on ne l'élevât dans le Boullonnois; & par arrêt du premier février 1620, il avoit été jugé, que la Légitime de droit avoit lieu dans ces coutumes. Cet arrêt eſt rapporté par M. Bouguier, lettre R, n. 3. Celui du 22 juillet 1698, que nous tranſcrirons ci-après, a prononcé la même choſe; & Maillart, ſur l'article 74 de la coutume d'Artois, nous en a conſervé un autre du 18 mars 1706, rendu au rapport de M. Pecot, à la quatrième, par lequel il a été décidé, » que
» le fils grevé auroit ſon quint naturel, en vertu
» de la coutume d'Amiens, & outre cela la moitié
» de ſa portion *ab inteſtat* dans les biens libres
» régis par la coutume d'Amiens «. Le même auteur cite encore un arrêt du 7 ſeptembre 1668, & une ſentence de la ſénéchauſſée d'Abbeville, du 18 avril 1690, qui ont déterminé la quotité de la Légitime dans le Ponthieu; & c'eſt ce qu'a pareillement fait un arrêt du 21 août 1742, rapporté par Deniſart; en ſorte que la queſtion de ſavoir ſi cette coutume admet la Légitime, ne doit plus ſouffrir le moindre doute.

On a ſoutenu long-temps qu'il en devoit être tout autrement en Artois. » L'on a vu, dit Maillart, un teſtament fait à Lille par un homme » éclairé, le 16 octobre 1658, qui marque que la » Légitime de droit n'eſt pas en uſage en Artois «. M. des Mazures, qui étoit procureur-général au conſeil provincial d'Arras, & M. Hébert, qui y étoit conſeiller, enſeignent la même choſe dans leurs commentaires manuſcrits qu'ils ont laiſſés ſur leur coutume. » C'eſt, dit le dernier, une maxime » conſtante & autoriſée par des turbes anciennes, » que la Légitime de droit n'a pas lieu en cette » province. Quant aux acquêts, meubles & autres » biens de libre diſpoſition . . . . . . & pour les » biens patrimoniaux, ſoit fiefs ou autres, la » coutume y a pourvu en faveur de la ligne d'où » ils procèdent, au préjudice de laquelle il n'eſt » pas permis d'en diſpoſer ; ce qui eſt une eſpèce » de Légitime ou fidéicommis coutumier «.

Cette opinion a été adoptée pluſieurs fois au conſeil d'Artois : il y a une ſentence de ce tribunal, du 24 mars 1673, qui déboute de ſa demande en ſupplément de Légitime un fils à qui ſon père, très-opulent, n'avoit laiſſé que 2000 livres, & cependant ordonne à la fille, légataire univerſelle, de faire à ſon frère une penſion viagère de 500 livres, dont le fonds demeurera ſubſtitué. Sur l'appel de cette ſentence porté au parlement de Paris, la cauſe a été diſtribuée à M. d'Ormeſſon, conſeiller en la quatrième chambre des enquêtes, & par arrêt du 8 mars 1674, il a été ordonné avant faire droit, qu'à la requête du ſubſtitut de M. le procureur-général au conſeil provincial d'Artois, il ſeroit rapporté des actes de notoriété de ce conſeil, des autres ſiéges ou bailliages royaux

d'Artois, & des avocats, sur leur usage concernant la Légitime des enfans, lorsqu'il ne se trouve pas de propres, mais seulement des acquêts & des meubles dans les successions de leurs pères & mères. En exécution de cet arrêt, les avocats d'Arras ont attesté, le 24 mai 1674, qu'il n'y avoit point en Artois de Légitime sur les biens disponibles. Le conseil d'Artois a donné un acte semblable le 24 juillet suivant; mais il a ajouté qu'il étoit d'usage dans toute la province d'adjuger des alimens aux enfans, lorsqu'ils n'avoient pas d'ailleurs de quoi vivre, comme il l'avoit fait lui-même par la sentence dont étoit appel.

A la vue de ces actes de notoriété, le fils se crut mal fondé à soutenir plus long-temps sa demande; en conséquence il intervint de son consentement arrêt du 6 mai 1675, qui mit l'appellation au néant.

Nous trouvons dans une compilation manuscrite des actes de notoriété du conseil d'Artois, que ce tribunal en a donné deux, les 24 juillet 1694, & 10 octobre 1698, semblables à celui que nous venons de citer, & il a montré de nos jours par une sentence du 3 décembre 1768, dont l'appel a été arrêté par une transaction, qu'il tenoit encore à son ancienne jurisprudence sur cette matière.

Sur quoi peut donc être fondée une opinion si contraire à la nature, à la raison, & à la loi? Il faut entendre le conseil d'Artois lui-même dans le dernier des actes de notoriété cités.

» Déclarent que dans la province d'Artois il » n'y a point de Légitime, soit de la moitié de » la portion héréditaire *ab intestat*, conformé» ment à la coutume de Paris, ou du tiers seu-

» lement, ſuivant le droit écrit, parce que, ſui-
» vant les coutumes générales de cette province,
» les propres & héritages patrimoniaux tiennent
» côté & ligne; les fiefs appartiennent *ab inteſtat*
» à l'aîné mâle, & en défaut de mâles à l'aîné
» femelle, à la charge du quint ſeulement vers
» tous les puînés par égale portion, en ſucceſſion
» de père & de mère ſeulement; n'étant permis
» de diſpoſer que du quint deſdits fiefs par teſ-
» tament & non autrement, & des fruits, pro-
» fits & revenus de trois ans de partie, ou de
» tous leſdits fiefs & autres héritages patrimo-
» niaux; & à l'égard des rotures, elles ſe partagent
» entre tous les enfans également, ſans préciput
» ni différence de ſexe ou d'âge; en ſorte que
» les quatre quints des fiefs patrimoniaux, & la
» part égale dans les rotures, tiennent lieu de
» Légitime à l'aîné, & l'autre quint à partager
» entre tous les cadets également, & leur part
» auſſi égale dans les rotures leur tiennent lieu
» de Légitime; ce qui s'eſt toujours ainſi jugé
» lorſque les cas ſe ſont préſentés, & tel eſt
» l'uſage conſtant & ſans difficulté dans cette
» province «.

Cet acte de notoriété ſe réduit, comme on le voit, à dire : Nous n'accordons point aux enfans la Légitime introduite par le droit Romain, parce que notre coutume y a pourvu elle-même de quatre manières : 1°. en affectant les propres à la ligne d'où ils proviennent : 2°. en déférant les fiefs aux aînés à la charge du quint envers tous les puînés, par portion égale, en ſucceſſion de pères & de mères : 3°. en défendant de diſpoſer au delà du quint des fiefs propres & du revenu triennal des propres féodaux ou cenſuels : 4°. en

ordonnant le partage égal des rotures, sans distinction de sexe ni d'âge.

Telle est donc, suivant le conseil d'Artois, la manière dont la coutume de cette province a pourvu à la Légitime; c'est en établissant des réserves coutumières qu'elle en a rempli l'objet & la fin.

Mais les réserves coutumières n'ont rien de commun avec la Légitime; c'est une vérité que nous démontrerons ci-après, section 2, §. 3. Nous rapporterons même en cet endroit plusieurs arrêts par lesquels il a été jugé que la Légitime de droit a lieu dans des coutumes qui réservent aux enfans, non seulement tous les propres, mais même une partie des acquêts & des meubles; à plus forte raison donc doit-elle avoir lieu en Artois, où les héritiers peuvent être privés pendant trois ans du revenu des biens que la coutume rend indisponibles, & de la totalité des catteux qu'elle mobilise.

Les antogonistes de cette opinion si juste & si équitable opposent que la coutume d'Artois exempte les enfans du rapport. Mais, 1°. sa disposition à cet égard a été corrigée par un édit du mois de mars 1774, enregistré à Arras le 13 avril suivant, & par un autre du mois d'août 1775, enregistré au parlement de Paris le 29 du même mois. 2°. Il n'y a aucune connexité entre l'obligation ou la dispense de rapporter, & la Légitime. La coutume de Senlis n'exige le rapport qu'autant que les donataires acceptent la succession; cependant elle veut, article 213, que les donations par lesquelles la Légitime est blessée, soient réputées nulles. La coutume de Berry, titre 7, article 9, & celle de Nivernois, chapitre 27, article

article 7, ordonnent que les donations inofficieuſes ſoient révoquées juſqu'à concurrence de la Légitime, quoique la première ſoit conforme à celle de Senlis, & que la ſeconde permette de ſtipuler par l'acte de donation, que le donataire ne ſera pas tenu de rapporter : voilà bien des preuves claires & évidentes que l'excluſion du rapport n'emporte pas celle de la Légitime, & que tout l'effet de la Légitime relativement aux donations, eſt de les réduire juſqu'à concurrence du préjudice qu'elles lui portent.

On objecte encore que la plupart des coutumes locales d'Artois admettant l'entravetriſſement entre conjoints, on doit croire qu'elles ont voulu exclure la Légitime, avec laquelle ce droit ſingulier eſt incompatible. Mais ceci n'eſt qu'un pur paralogiſme. L'entravertiſſement eſt dans la perſonne des conjoints un titre onéreux, un contrat *do ut des*, qui dépouille le premier mourant au moment même de ſon décès, & qui opère de façon que les biens ſur leſquels il frappe ne ſont point partie de ſa ſucceſſion. Comme la Légitime ne peut être priſe que ſur les biens qui reſtent dans la ſucceſſion du défunt, ou dont il a diſpoſé à titre gratuit, & non ſur ceux qu'il a aliénés à titre onéreux, il peut arriver qu'elle ſe trouve exclue par l'entravertiſſement, comme elle le ſeroit par une vente univerſelle que le défunt auroit faite de ſon patrimoine. Mais conclure de là qu'elle ne doit point avoir lieu quand le défunt a conſervé quelques biens ou qu'il a tout aliéné à titre gratuit, c'eſt une conſéquence contraire aux premières règles du raiſonnement.

Il ne reſte plus qu'une objection auſſi peu fondée que les autres. La Légitime, dit-on, eſt

due aux petits-enfans comme aux enfans; c'eſt la déciſion expreſſe d'une foule de textes du droit Romain : or, la repréſentation n'a point lieu en Artois, la coutume l'exclut formellement; on ne doit donc pas non plus y admettre la Légitime.

Mais, 1°. la repréſentation a été introduite en Artois par des lettres-patentes du mois d'avril 1773, enregiſtrées à Arras le 7 décembre ſuivant, & par l'édit cité du mois d'août 1775, enregiſtré au parlement de Paris le 19 du même mois.

2°. Les coutumes de Ponthieu & de Boullonnois excluent auſſi la repréſentation en ligne directe, & celle de la châtellenie de Lille ne l'admet que pour les meubles & choſes réputées tels : cependant les arrêts cités des premier janvier 1620, 7 ſeptembre 1668 & 22 juillet 1698, ont jugé que la Légitime devoit avoir lieu dans le Ponthieu & le Boullonnois, & l'on a toujours ſuivi le même ſentiment dans la châtellenie de Lille. Ainſi tout ce que l'on peut conclure de l'excluſion de la repréſentation, c'eſt qu'un petit-fils ne peut exercer aucun droit héréditaire dans la ſucceſſion de ſon aïeul, ſans le ſecours du rappel, & que par conſéquent s'il n'a pas de Légitime à y prendre, c'eſt uniquement parce qu'il n'eſt pas appelé à l'hérédité *ab inteſtat*.

Enfin le parlement de Paris n'a rien remarqué ni dans les réſerves preſcrites par la coutume d'Artois, ni dans l'entravertiſſement, ni dans l'excluſion du rapport & de la repréſentation, qui dût faire obſtacle à l'exercice de La légitime de droit : auſſi l'a-t-il accordée par pluſieurs arrêts : Maillart nous en fournit un du 22 juin 1671,

» rendu en la grand'chambre, au rapport de M. » de Brillac, à l'occasion de la terre d'Auxi-» Château-Arrois, où l'on a supposé qu'un fils » avoit une Légitime à prendre sur les biens à » lui assignés en partage par son père, quoique » ces biens fussent chargés de fidéicommis per-» pétuel «.

La même chose a été préjugée par l'arrêt du 22 juillet 1698, que nous avons déjà cité pour les coutumes d'Amiens, de Boullonnois & de Ponthieu. En voici le dispositif, tel qu'il est rapporté par Duchesne sur l'article 20 de cette dernière loi : il s'agissoit de la succession de dame Marie Truchot, veuve en premières noces du sieur Dauvillers, & en secondes du sieur du Camp.

» La cour faisant droit sur le tout, ordonne » que partage & division seront faits de tous les » biens de la succession de ladite Marie Truchot, » entre lesdits Dauvillers, Marie-Charlotte de » Mannay, & Marc-Antoine-Augustin de Man-» nay, dont il sera donné audit Dauvillers deux » quints des propres situés dans la coutume de » Paris pour sa Légitime, & à la dame Marie-» Charlotte de Mannay, deux autres quints pour » sa portion héréditaire, & audit Marc-Antoine-» Augustin de Mannay, l'autre quint desdits pro-» pres, comme légataire universel de ladite » Marie Truchot sa mère, & que de ceux situés » dans les coutumes *d'Amiens*, *Boullonnois* & » Normandie, il en sera donné audit Dauvillers » sa portion légitimaire, suivant lesdites coutu-» mes; & à l'égard des biens situés en Ponthieu, » ordonne qu'il en sera donné audit Dauvillers le » tiers dès à présent pour le droit de Légitime

» dans lesdits biens ; & pour régler si elle sera
» portée jusqu'à la moitié de la portion hérédi-
» taire que ledit Dauvillers auroit eue *ab intestat* ;
» ordonne que les parties rapporteront des juge-
» mens des juges d'*Amiens*, *Boulogne*, *Artois*,
» Péronne, Montdidier & Roye, & des transac-
» tions, partages ou autres actes, si aucuns y a
» dans lesdites coutumes, & des actes de notoriété
» des officiers des siéges, pour justifier si la Légi-
» time doit être de la moitié de la portion héré-
» ditaire *ab intestat*, conformément à la coutume
» de Paris, ou du tiers seulement, suivant
» le droit écrit : pour ce fait & rapporté, être fait
» droit sur la demande dudit Dauvillers à ce qu'il
» lui soit donné la moitié desdits biens sis en
» Ponthieu pour sa Légitime, ainsi que de
» raison. . . . «.

Cet arrêt juge, comme on le voit, très-formellement que la Légitime de droit a lieu en Artois, & ne laisse d'incertitude que sur la loi qui doit en régler la quotité. Le parlement ne cherchoit point à reconnoître si les juges d'Artois étoient dans l'habitude d'accorder une Légitime aux enfans ; il supposoit le fond de ce droit au dessus de la jurisprudence & des usages de siéges subalternes, mais seulement quel étoit le taux auquel on avoit coutume de le fixer. Aussi l'acte de notoriété qui a été donné en exécution de cet arrêt, le 10 octobre 1698, n'a-t-il pas empêché que la cour ne portât encore de nos jours cinq arrêts en faveur de la Légitime Artésienne.

Les trois premiers ont été rendus pour la succession des sieur & dame Coffin, domiciliés & décédés à Hesdin. Ils avoient laissé des biens considérables, mais c'étoient presque tous des acquêts

& par les diſpoſitions qu'ils en avoient faites, ils avoient réduit leur fils aîné à une portion infiniment moindre que celles de ſes cadets. Par un premier arrêt du 18 mars 1749, il a été jugé que ces diſpoſitions devoient être exécutées, ſauf à l'aîné à ſe pourvoir pour ſa Légitime, s'il prétendoit qu'elle fût entamée par les actes dont il s'agiſſoit.

L'aîné ayant fait l'option de ſa Légitime, les autres enfans ont ſoutenu qu'il ne pouvoit en exercer les droits dans leur coutume. Ils ont invoqué l'uſage conſtant & uniforme de la province, les actes de notoriété donnés en différens temps par le conſeil d'Artois, le ſuffrage de MM. des Maſures, Hébert & Maillart. Mais toutes ces autorités ont été inutiles : un arrêt du 6 ſeptembre 1752 a déféré à l'aîné l'option des réſerves coutumières, ou de la Légitime, conformément à l'article 298 de la coutume de Paris, c'eſt-à-dire, de la moitié de ce qu'il auroit eu *ab inteſtat*.

Le troiſième arrêt rendu entre les mêmes parties le 7 ſeptembre 1765, a liquidé & fixé la Légitime accordée à l'aîné par les deux précédens.

Le quatrième arrêt qui eſt de l'année 1769 ou environ, a pareillement adjugé à la demoiſelle Flahaut une Légitime de droit dans la ſucceſſion de ſa mère mariée, domiciliée & morte à Béthune.

Le cinquième arrêt qui a été rendu le premier ſeptembre 1770, a adopté la même déciſion en faveur de Théodore Creſpel, dont le père étoit domicilié à Neuville-Saint-Vaaſt.

La Légitime en Artois n'eſt pas ſeulement fon-

dée ſur la juriſprudence des arrêts, elle eſt encore autoriſée formellement par des loix faites pour cette province : l'article 27 de la coutume du bailliage de Saint-Omer porte, que, » la Légitime » ſera de la moitié de telle part & portion que » chacun enfant auroit eue en la ſucceſſion deſdits » père ou mère ou autre aſcendant .... «. L'article 37 de la coutume du bailliage d'Aire décide abſolument la même choſe. Cette diſpoſition, il eſt vrai, n'a été conſignée dans ces coutumes qu'à la rédaction de 1743 ; mais l'intention des commiſſaires, en l'ajoutant, n'a point été d'introduire un droit nouveau ; ils n'ont cherché, comme l'atteſte le procès-verbal de la première, qu'à couper la racine des procès qu'occaſionnoit le ſilence de la coutume générale d'Artois ſur la quotité de la Légitime.

Les coutumes de Boullonnois, d'Amiens, de Ponthieu & d'Artois, ne ſont pas les ſeules dans leſquelles la Légitime a trouvé des antagoniſtes : elle en a eu de tout temps, & elle en a encore un grand nombre en Hainaut ; ils ſe fondent ſur l'article 10 du chapitre 31 des chartes générales, dont voici les termes : *Moyennant que les enfans par avis de leur père & mère ſoient partagés, ſeront ſujets à l'entretenement dudit avis, ores que* (quoique) *leur partage fût moindre que des autres.* » Sur ce mot, *partagés*, dit Dumées, une infinité de praticiens ont cru qu'il ſuffiſoit qu'un » père & une mère laiſſaſſent la moindre petite » choſe à leurs enfans, pour exclure la querelle » d'inofficioſité «. C'eſt auſſi la conſéquence que tire de cette diſpoſition un ancien conſeiller de la cour ſouveraine de Mons, dans des notes manuſcrites qui nous ont paſſé ſous les yeux.

Cet article, dit-il en ſubſtance, fait entendre que la Légitime n'a pas lieu en Hainaut; & c'eſt ainſi que l'a tenu Jacques Vivien, célèbre avocat, en ſes obſervations manuſcrites ſur les chartes générales de 1534.

Il ne faut pas de grands efforts pour réfuter cette interprétation. Il eſt conſtant, & nous avons établi à l'article HAINAUT, que les chartes & coutumes de cette province doivent être éclaircies & ſuppléées par le droit Romain dans les points ſur leſquels elles paroiſſent en avoir emprunté quelques diſpoſitions. Or, nous trouvons dans l'article qui précède immédiatement celui que nous venons de rapporter, une diſpoſition tirée preſque mot pour mot des loix civiles, & bien analogue à la Légitime; la voici : » Si les enfans nés auparavant » ou après avis de père & mère, ne ſont partagés » avant les trépas deſdits père & mère, ils pour» ront prétendre partage ſi avant que par la loi » leur peut appartenir, comme s'il n'y eût eu avis «. La prétérition produit donc en Hainaut, par rapport à l'enfant paſſé ſous ſilence, le même effet qu'elle produiſoit chez les Romains; elle annulle à ſon égard le teſtament de ſes père & mère, & lui donne le droit de prendre dans leur ſucceſſion ſa part légale & *ab inteſtat*, comme s'ils n'avoient point diſpoſé. Voilà conſéquemment la *querelle d'inofficioſité* établie clairement dans cette province: or, qui eſt-ce qui ignore la connexité d'une pareille action avec la demande en ſupplément de Légitime? Celle-ci n'eſt même qu'un remède introduit par l'empereur Juſtinien pour faire ceſſer celle-là, lorſqu'un père laiſſe quelque choſe à ſes enfans, ſans néanmoins compléter leur portion légitimaire : car avant ce légiſlateur, les

enfans en pareil cas faiſoient déclarer le teſtament nul, comme s'ils avoient été prétérits, & recueilloient la ſucceſſion *ab inteſtat* (*). Comment croire après cela que les rédacteurs des chartes du Hainaut aient eu l'intention d'exclure de leur juriſprudence la demande en ſupplément de Légitime? & puiſqu'ils ont puiſé dans le droit Romain la querelle d'inofficioſité dont elle eſt comme le ſupplément, ne doit-on pas interpréter leur ſilence ſur cette demande par les textes du même droit qui l'ont introduite & qui en ont fait une des actions les plus favorables que l'on puiſſe porter en juſtice? Ce qui prouve d'ailleurs que les chartes générales ne la rejettent pas, c'eſt qu'elle eſt expreſſément autoriſée par la coutume particulière de Chimay, décrétée par le conſeil de Mons lui-même en 1612. Voici ce que porte l'article 7 du chapitre 2 de cette coutume.

» Père & mère peuvent par traité de mariage » avantager leurs enfans comme bon leur ſemble, » ſoit de meubles ou en biens héritiers. Le même » peuvent-ils faire par avis de père & mère paſſé » conformément au preſcrit de la loi de ce pays, » ou par teſtament .... ſauf aux autres enfans de » prétendre en ſon temps leur Légitime ès biens » paternels & maternels, telle que le droit écrit » leur donne «.

(*) C'eſt ce que prouvent nettement ces paroles de la loi 32, au code *de inofficioſo teſtamento*, qui eſt de l'empereur Juſtinien: *Quoniam in prioribus ſanctionibus illud ſtatuimus, ut ſi quid minùs legitimâ portione his derelictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occaſione minoris quantitatis teſtamentum reſcindatur....*

On a vu plus haut que la coutume de Valenciennes admet également la Légitime ; & quoique ces deux coutumes ne soient pas, à proprement parler, locales des chartres générales de la province (*), leur disposition n'en doit pas moins être considérée par rapport à notre question, puisqu'il faut régulièrement interpréter les coutumes voisines les unes par les autres, sur-tout lorsque le résultat d'une interprétation de cette espèce est pour le droit commun, auquel le retour est toujours favorable.

L'ancienne coutume de Normandie n'accordoit point de Légitime aux enfans ; mais, comme on l'a vu plus haut, la nouvelle a abrogé cette jurisprudence barbare. Il s'est élevé à cette occasion une difficulté touchant le comté d'Eu. On sait que ce pays a été distrait du ressort du parlement de Rouen pour être uni à celui de Paris : de là est venue la question de savoir si le tiers coutumier introduit en Normandie depuis cette distraction, devoit y avoir lieu. On peut voir dans le procès-verbal des coutumes particulières de Normandie les raisons par lesquelles M. le procureur-général Thomas établit que les habitans du comté d'Eu sont soumis, quant au fond des choses, aux mêmes loix que les Normands : il nous suffit de remarquer ici que son avis a été confirmé, relativement au tiers coutumier, par deux arrêts très-formels (**).

(*) Voyez l'article *Hainaut*, tome 28, page 585.

(**) C'est Basnage qui les rapporte ; voici comme il s'explique :

» François des Cloîtres ayant les droits cédés de Gaston le » Fournier, demandoit un tiers coutumier sur les biens de » François le Fournier son père, tant sur ceux qui étoient

Section seconde

De la nature de la légitime.

Nous avons déjà dit que la Légitime eſt une portion de ce qu'auroit eu *ab inteſtat* celui à qui

---

» ſitués en Normandie, que dans le comté d'Eu. Laurent
» Cautel, ſieur de la Mauduitière, chargé du fait d'Antoine
» & Jean Poirier, acquéreurs des biens dudit François le
» Fournier, maintenoit que des Cloîtres étoit non-rece-
» vable à ſa demande, & qu'il n'appartenoit de tiers cou-
» tumier aux enfans dans le comté d'Eu. Par ſentence du
» bailli d'Eu du 27 novembre 1670, l'on donna un tiers
» coutumier ſur les biens ſitués en Normandie, ſuivant
» l'article 299 de la coutume réformée, ledit des Cloîtres
» déclaré non-recevable à prétendre aucun tiers douairier
» ſur les héritages ſitués ſur les biens relevans du comté
» d'Eu. Des Cloîtres ayant appelé de cette ſentence au parlement
» de Paris, par arrêt du 9 mai 1676, au rapport de M. le
» Febvre, la cour, ſans s'arrêter à la fin de non-recevoir,
» condamna ledit Antoine Poirier à ſe déſiſter au profit
» dudit des Cloîtres, du tiers des biens qui appartenoient
» à François le Fournier lors de ſon contrat de mariage,
» ſitués ſur les fiefs relevans du comté d'Eu.

» La même choſe a été jugée au parlement de Rouen,
» en la ſeconde chambre des enquêtes, le 31 août 1683,
» au rapport de M. Firemois-d'Herqueville, entre demoi-
» ſelle Marie le Bailli, femme civilement ſéparée d'avec
» David de la Rue, appelante de ſentence rendue par le
» juge de Neuf-Châtel, d'une part, & dame Marie de
» Boiſſel, veuve de meſſire Louis de Manneville, intimée:
» par l'arrêt, la cour faiſant droit ſur le premier grief de
» ladite le Bailli, concernant le tiers coutumier par elle
» prétendu ſur les fermes de Duſencourt & de Saint-Riquier,
» mit l'appellation & ce dont, & en réformant lui adjugea
» ſon tiers ſur leſdites fermes, en tant qu'il en pouvoit
» appartenir à ſon père. L'arrêt ci-deſſus du parlement de
» Paris fut vu lors du jugement du procès «.

elle eſt due. Mais pour avoir une idée nette & précise de ſa nature, il faut la comparer avec l'hérédité en général, avec le douaire des enfans & avec les réſerves coutumières; il réſultera de cette triple comparaiſon des rapports, des principes & des conſéquences qui jeteront le plus grand jour ſur toute la matière que nous avons à traiter.

§. I. *En quoi conviennent ou diffèrent la légitime & l'hérédité?*

Cette queſtion en renferme pluſieurs : la première & celle dont la déciſion entraînera notre jugement ſur toutes les autres, eſt de ſavoir ſi la Légitime forme une portion de l'hérédité, ou ſeulement des biens du défunt. On ſent la différence qu'il y a entre ces deux hypothèſes : l'hérédité comprend tout l'actif & le paſſif qu'avoit au moment de ſa mort une perſonne décédée (*) ; les biens au contraire ne s'entendent que de ce qui reſte après les dettes acquittées (**).

Que la Légitime ſoit une quote des biens & non de l'hérédité, c'eſt ce qu'a jugé une déciſion de la Rote Romaine rapportée par Fachini, livre 12, chapitre 4 ; & c'eſt ce que ſoutiennent Mantica, Graſſus, Jaſon, Alexandre, Gaill, M. Favre, Voet, Furgole, & pluſieurs autres auteurs : leur opinion paroît très-bien fondée ſur la loi 6, au

(*) Hereditas nihil aliud eſt quàm ſucceſſio in univerſum jus quod defunctus habuerit. *L.* 62, D. *de regulis juris.*

(**) Bona intelliguntur cujuſque quæ deducto ære alieno ſuperſunt. *L.* 39, *parag.* 1, D. *de verborum ſignificatione.*

code, *de inofficioso testamento*, qui l'appelle *bonorum partem* (*). La loi 5, au code, *de inofficiosis donationibus*, la qualifie pareillement de secours dû aux enfans sur les biens de leur père, *debitum bonorum subsidium*. Le chapitre 1 de la novelle 18 n'est pas moins formel sur ce point; il fixe la Légitime à une certaine quote, non de l'hérédité, mais de la propre substance du défunt, *propriæ substantiæ*.

A ces trois textes trop clairs pour que les subtilités de certains auteurs puissent les obscurcir, se réunissent des raisons trop évidentes pour qu'il soit possible d'y opposer rien de solide.

D'abord, il est constant que la détraction de la Légitime ne doit être faite qu'après toutes les dettes & les frais funéraires payés. La loi 8, §. 9, au digeste, *de inofficioso testamento*, ne laisse là-dessus aucun doute (**). Or nous venons de voir que l'on appelle biens ce qui reste après la déduction des dettes : c'est donc sur les biens & non sur l'hérédité que se fait le retranchement de la Légitime. On ne prétendra pas sans doute qu'un enfant légitimaire puisse jamais être poursuivi sur son propre patrimoine par les créanciers de son père (***); c'est cependant ce qui

---

(*) *Ce texte est ainsi conçu :*

Cùm quæritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.

(**) *Voici les termes de cette loi :*

Quarta autem accipietur, scilicet deducto ære alieno & funeris impensâ.

(***) Il y a dans le journal du palais de Toulouse, t. 1, p. 15, un arrêt du 21 août 1690, qui déclare des

arriveroit très-fréquemment, si la qualité de légitimaire emportoit celle d'héritier ; car une hérédité peut devenir très-onéreuse à celui qui la recueille en tout ou en partie ; les biens au contraire sont toujours utiles, & on les appelle ainsi, suivant la loi 49, au digeste, *de verborum significatione*, parce qu'ils contribuent toujours au bonheur de ceux qui les possèdent, *bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, beatos faciunt ; beare est prodesse.*

En second lieu, nous ferons voir ci-après que la Légitime ne peut être diminuée ni grevée par le testateur ; rien ne seroit cependant plus commun ni plus journalier que les contraventions à ce grand principe, si la Légitime étoit une quote de l'hérédité : dans cette supposition, non seulement le légitimaire seroit tenu des dettes au delà de la valeur des biens qui lui auroient été adjugés, mais encore si le défunt s'étoit avisé de vendre ou de donner un héritage du légitimaire, celui-ci seroit obligé d'entretenir la vente ou la donation jusqu'à concurrence de la quote que formeroit sa Légitime dans la succession.

Troisièmement, l'ancien droit Romain & notre droit coutumier permettent, comme on le verra dans un instant, de laisser la Légitime à ceux qui en ont le droit, sous le titre de legs, de fidéicommis ou de donation à cause de mort. Or, le moyen de concevoir la moindre connexité

---

créanciers héréditaires non-recevables à agir personnellement contre un légitimaire. Ce n'est, dit M. Roussilhe en citant cet arrêt, ce n'est qu'hypothécairement qu'on peut s'en prendre avec lui, & il faut pour cela qu'il jouisse des fonds de l'hérédité.

entre de pareils titres & celui d'héritier ? Le moyen de regarder comme une quote d'hérédité, une portion de biens dont on feroit redevable à la qualité de légataire, de fidéicommiſſaire ou de donataire ?

Les objections que l'on oppoſe à ce ſentiment ne ſont pas aſſez fortes pour le détruire. La première eſt tirée du §. 3, aux inſtitutes, *de inofficioſo teſtamento*, qui ſemble déſigner la Légitime par les mots *pars hereditatis :* mais ce texte ne prouve rien contre nous ; en voici la traduction littérale.

» La querelle d'inofficioſité n'a lieu que quand » le teſtateur n'a rien laiſſé à ſes enfans ; ce que » nous avons ainſi ordonné pour épargner à la » nature des plaintes ſi outrageantes pour elle. » Ainſi lorſqu'il a été laiſſé aux enfans une por- » tion quelconque de l'hérédité ou une choſe » particulière, la querelle d'inofficioſité doit ceſſer, » & l'on doit ajouter à la diſpoſition du défunt, » ce qui y manque pour compléter la Légi- » time (*) «.

On voit que dans ce texte la Légitime n'eſt appelée une portion de l'hérédité, que parce qu'on la ſuppoſe laiſſée par le teſtateur à titre d'inſtitution ; ce qui eſt ſi vrai, qu'après les mots *pars hereditatis*, ſe trouvent ceux-ci, *vel res eis*

(*) Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi nihil eis penitùs à teſtatoribus teſtamento relictum eſt ; quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioſo querelâ quieſcente, id quod eis deeſt uſquè ad quartam Legitimæ partis repleatur.

fuerit relicta; termes dont l'oppoſition aux premiers prouve très-clairement que la Légitime n'eſt point une quote de l'hérédité, *pars hæreditatis*, quand elle eſt laiſſée par le teſtateur à titre de fidéicommis ou de legs; & même quoiqu'elle le ſoit de nom, lorſqu'elle eſt déférée à titre d'inſtitution, elle ne l'eſt cependant pas réellement & quant aux effets; autrement il arriveroit que de deux enfans légitimaires dont la condition ſeroit égale par le droit, l'un ſe trouveroit néanmoins plus favoriſé que l'autre, en ce que l'appelé à titre d'inſtitution ſeroit ſujet aux charges héréditaires au delà de ſon émolument, tandis que l'appelé à titre de legs en ſeroit affranchi; ce qui formeroit un contraſte auſſi abſurde qu'injuſte.

Cette obſervation répond d'avance au texte ſur lequel nos adverſaires fondent leur ſeconde objection; c'eſt le chapitre 3 de la novelle 115, ſuivant lequel la Légitime doit toujours être laiſſée à titre d'inſtitution. On infère de là que les légitimaires ſont vraiment héritiers, mais c'eſt ſans fondement. Il eſt certain qu'avant cette loi la Légitime n'étoit point une quote de l'hérédité, puiſqu'elle pouvoit être déférée à titre de legs, & que, comme on vient de le voir, elle ne prenoit pas même cette qualité lorſque le teſtateur l'avoit revêtue du titre d'inſtitution. Or non ſeulement la novelle de Juſtinien ne change rien ſur cette matière à l'ancienne juriſprudence, mais encore elle annonce aſſez clairement que ſon intention eſt de la laiſſer ſubſiſter. En effet elle déclare, chapitre 5, que c'eſt pour l'avantage des légitimaires qu'elle introduit la néceſſité de

les appeler par institution (*) : or s'il résultoit de ce titre qu'ils fussent réellement héritiers, loin d'en tirer quelque utilité, ils en ressentiroient au contraire un véritable préjudice ; & par-là on contreviendroit manifestement à cette maxime si naturelle & si universellement admise ; on ne doit jamais tourner contre quelqu'un ce qui n'a été introduit qu'en sa faveur, *nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contrà ipsorum commodum producamus utilitatem.* C'est la disposition expresse de la loi 25, au digeste *de legibus*.

Une autre preuve que la novelle 115 n'a point donné au titre d'institution dont elle a introduit la nécessité par rapport aux légitimaires, la vertu de faire considérer la Légitime comme une quote de l'hérédité, & celui qui la recueille comme un héritier, c'est qu'elle n'exige pas que l'institution soit universelle, c'est-à-dire par quotité, & qu'au contraire elle permet de la borner à une chose particulière (**) : or on a vu à l'article INSTITUTION, tome 31, page 511, que l'institué

(*) Undè & constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam, præsentem legem fuisse prolatam ; quam ex hac occasione promulgandum esse perspeximus.

(**) *Voici ce que porte le chapitre 5 de cette novelle :* Cæterùm si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenùs solvi præcipimus : quidquid autem minùs legitimâ portione eis relictum est, hoc secundùm nostras alias leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostræ serenitatis intentio, à parentibus & liberis injuriam præteritionis & exheredationis auferre.

dans

dans un effet certain, *in re certâ*, n'eſt point héritier, mais légataire.

La troiſième objection que l'on nous oppoſe, a pour fondement le §. 3, aux inſtitutes, *de lege falcidiâ*. Il réſulte de ce texte, que la falcidie ne peut être diſtraite des legs dont un héritier eſt chargé, qu'après le prélèvement de toutes les dettes & charges héréditaires. Or, diſent nos adverſaires, ce prélèvement n'empêche pas que la falcidie ne ſoit priſe à titre d'héritier; pourquoi donc en ſeroit-il autrement à l'égard de la Légitime?

La réponſe ſe préſente d'elle-même. Un héritier inſtitué n'eſt point héritier, parce qu'il fait ſur l'hérédité la diſtraction d'un quart des biens que l'on appelle falcidie; mais il fait cette diſtraction parce qu'il eſt héritier, parce que la loi lui a accordé ce privilége pour l'empêcher de répudier l'hérédité dans la crainte de n'en tirer aucun profit. Il étoit donc héritier par ſon inſtitution & ſon adition avant qu'il fût queſtion du retranchement de la falcidie, & l'appréhenſion qu'il en fait n'ajoute rien à ſa qualité.

La quatrième objection eſt plus ſpécieuſe, mais pas plus ſolide que les autres. Celui qui eſt inſtitué dans ſa Légitime avec charge de la reſtituer à un autre, peut être forcé en vertu du ſénatuſconſulte Trébellien d'appréhender la portion à laquelle il eſt appelé, pour en faire la reſtitution au fidéicommiſſaire; c'eſt, dit-on, la déciſion textuelle de la loi 27, §. 13, au digeſte, *ad ſenatuſconſultum Trebellianum*. Or il n'y a que des perſonnes appelées comme héritières qui puiſſent être obligées à faire une pareille adition; le ſénatuſconſulte Trébellien n'a été porté que contre

elles, & jamais un légataire ou autre donataire à titre particulier n'a été dans le cas d'accepter malgré lui une libéralité quelconque (*).

Cette objection seroit peut-être sans replique, si dans la loi citée il s'agissoit d'un légitimaire qui ne fût institué que dans sa Légitime : mais, on le sent, il n'est pas possible que ce soit-là l'espèce précise de ce texte, puisque la Légitime ne peut être grevée de fidéicommis ni assujettie à aucune restitution. Ainsi quoique cette loi semble d'abord ne parler que d'une institution dans la Légitime, *si patronus ex parte debitâ heres institutus*, il faut néanmoins supposer qu'elle ne s'exprime ainsi, que pour faire voir que la Légitime est entiérement remplie par l'institution dont elle s'occupe ; & cela est si vrai, qu'immédiatement après elle fait entendre que toute l'hérédité est comprise dans la charge de restituer, & par conséquent aussi dans l'institution, *& rogatus restituere hereditatem, suspectam sibi esse dicat*. Il s'agit donc dans cette espèce d'un patron institué universellement, avec charge de restituer ce qui excédera sa Légitime. La loi décide qu'il peut être contraint d'appréhender l'hérédité ; mais s'il résulte de là que son institution le rend héritier présomptif, c'est parce qu'elle n'est pas

(*) La loi 22, parag. 5, D. *ad senatusconsultum Trebellianum*, établit nettement ce principe. *Ut Trebelliano locus esset, non sufficit de hereditate rogatum esse, sed quasi heredem rogari oportet. Denique si cui portio hereditatis fuerit legata (legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis) rogatusque fuerit hanc partem restituere, dubio procul non fiet restitutio ex senatusconsulto.*

bornée à la portion légitimaire, & conséquemment on ne peut pas en conclure que l'institution dans la seule Légitime fasse un héritier.

Enfin l'on objecte que le légitimaire est saisi de plein droit de sa portion, & que cela ne pourroit pas avoir lieu, s'il n'étoit pas héritier d'effet & de nom.

Deux réponses à cette objection. Premièrement le douaire saisit en plusieurs coutumes; cependant il est incompatible avec la qualité d'héritier. On ne peut donc pas tirer de conséquence de la saisine légale au titre héréditaire.

En second lieu, est-il bien certain que la Légitime saisit? Cette question à la première vue paroît au moins fort problématique, & l'on trouve là-dessus des autorités pour & contre. D'un côté, Dumoulin sur l'article 3 du chapitre 18 de la coutume de Berry, dit que *in Galliâ filius non tenetur venire per actionem supplementi, sed est saisitus de suâ Legitimâ*. Mais, 1°. Richebourg remarque, d'après un anonyme, » qu'il » y a de l'erreur dans cette annotation, & qu'elle » ne se peut réformer si on ne voyoit l'original » de feu M. Charles Dumoulin «. 2°. Dumoulin lui-même fait mention dans cette note d'une sentence qui avoit débouté un légitimaire de sa complainte, *sans préjudice de demander le supplément de sa Légitime*; & quoique Dumoulin désapprouve cette décision, il s'étoit néanmoins trouvé un de ses confrères qui l'avoit jugée conforme aux principes, *dominus Canaye putabat benè, ego contrà malè judicatum*. On ne peut donc pas faire de la note citée tout le cas que méritent d'ailleurs les opinions de Dumoulin.

Voici une autorité qui paroîtra peut-être plus

grave ; c'eſt Papon qui parle : » A été arrêté au
» procès de damoiſelle Yſabeau Boyen, mère de
» feu Jacques Guittard, demandereſſe en nou-
» velleté contre damoiſelle Anne de l'Eſtrange,
» veuve dudit feu Guittard, défendereſſe audit
» cas de ſaiſine & nouvelleté, au rapport de M.
» le Cirier, à la prononciation de pâques, l'an
» 1549, le 13 avril précédent, qui eſt le 13
» avril 1548 avant pâques, que l'héritier en ſa
» Légitime eſt ſaiſi & peut former complainte
» ſoit pour ſa Légitime ou ſupplément d'icelle,
» encore qu'il y eût un héritier univerſel inſti-
» tué ; & fut trouvé que le ſemblable avoit été
» jugé *in fideicommiſſario* «.

Ne pourroit-on pas oppoſer à cet arrêt qu'il a été rendu dans un temps où les principes de la ſaiſine coutumière n'étoient pas encore bien connus ? On jugeoit alors, comme nous l'apprend Papon, que l'héritier fidéicommiſſaire étoit ſaiſi ; aujourd'hui perſonne ne doute du contraire.

D'un autre côté, nous trouvons pluſieurs auteurs de poids qui refuſent expreſſément au légitimaire l'effet de la règle *le mort ſaiſit le vif :* écoutons M. le Préſident Fabre en ſon code, titre *de inofficioſo teſtamento*, définition 4. Cette poſſeſſion coutumière ou légale qui paſſe de plein droit de la perſonne du défunt dans celle de l'héritier du ſang, n'a point lieu en faveur de l'enfant réduit à ſa Légitime : *Poſſeſſio illa* ſive conſuetudinaria ſive edictalis *dicenda eſt quæ à defuncto in legitimum ſucceſſorem ipſo jure tranſlata intelligitur, in filium nihil niſi petendæ Legitimæ jus habentem minimè transfertur.* Le ſénat de Chambéry l'a ainſi jugé par arrêt du 17 août 1588, entre le marquis & la demoiſelle Marguerite

de la Chambre, & par un autre du 19 janvier 1591. *Ita ſenatus in cauſâ D. Marchionis de la Chambre, & dominæ Margaretæ de la Chambre, 16 calendas ſeptembris 1588, & rursùm in aliâ causâ, 14 calendas februarii 1591.*

C'eſt auſſi ce que ſoutient Guillaume de la Champagne en ſon traité de la Légitime, chapitre 25; voici comme il s'explique : » L'hérédité ſaiſit, & la Légitime ne ſaiſit point, étant » ſujette à délivrance, comme un don ou un » ſimple legs par les mains de l'héritier, ou » plutôt comme une dette qui ſe demande tou- » jours par action, jamais dette n'ayant ſaiſi «. Il répète la même choſe dans le chapitre 27 : » La Légitime, dit-il, ne ſaiſit point, étant une » dette établie par le droit naturel, par le droit » civil, & par le droit coutumier, dont le paye- » ment ſe pourſuit par action «.

M. Rouſſilhe eſt encore plus précis ; voici comme il s'exprime en ſes inſtitutions au droit de Légitime, chapitre 1, §. 4 : » La portion héréditaire » ſaiſit, au lieu que les enfans ſont obligés de » demander la délivrance de la Légitime «.

Furgole dit pareillement en ſon traité des teſtamens, chapitre 10, n. 61, que » le légataire » d'un fonds pour la Légitime eſt toujours léga- » taire, & par conſéquent obligé de demander la » délivrance à l'héritier «.

Il ne ſeroit peut être pas difficile de faire voir que cette doctrine eſt calquée ſur les vrais principes. Le point dont nous croyons devoir partir, eſt que la maxime *le mort ſaiſit le vif*, n'agit que ſur ceux à qui le droit Romain accordoit la *pétition d'hérédité* : cette propoſition ne paroît pas ſuſceptible du moindre doute, car il exiſte

la connexité la plus sensible entre notre saisine coutumière & le droit d'intenter la pétition d'hérédité ; on peut même dire que l'une est attachée à l'autre, comme l'accessoire au principal : en effet la pétition d'hérédité n'est autre chose qu'une action par laquelle on demande à être déclaré héritier, & à faire condamner celui qui possède la succession induement à en faire la restitution (*) ; or, la règle *le mort saisit le vif*, ne peut produire son effet que dans la personne des vrais héritiers, c'est-à-dire, de ceux qui ont le droit d'agir en pétition d'hérédité ; il faut donc nécessairement que cette action & la saisine coutumière dépendent tellement l'une de l'autre, qu'il ne soit pas possible de concevoir celle-ci séparée de celle-là.

Cela posé, il est clair que si le droit Romain n'accorde pas la pétition d'hérédité aux légitimaires, nous ne pouvons pas non plus les faire jouir des avantages de la règle *le mort saisit le vif*.

Or, tous les interprètes, ceux même qui ne regardent pas la Légitime comme une quote des biens, s'accordent unanimement à dire qu'elle ne peut point être demandée par la *pétition d'hérédité*, mais seulement par une action appelée en droit, *condictio ex lege*, parce qu'elle dérive de la loi (**).

(*) Cette définition est de Voët, un des plus savans & des plus judicieux interprètes du droit Romain ; voici les termes dont il se sert : *Hereditatis petitio est actio civilis primariò in rem, mixta tamen propter prestationes personales, bonæ fidei, quâ quis contendit hereditatem suam esse, eamque sibi ab eo qui pro herede vel pro possessore possidet, restitui.*

(**) Voici ce que dit là-dessus Zoëz, un de nos advers-

On peut ſans doute conclure de là avec certitude, que la Légitime ne ſaiſit point dans nos mœurs : cette conſéquence eſt même écrite dans quelques-unes de nos loix municipales.

Voici ce que porte l'article 7 du chapitre 7 de la coutume de Bourgogne : » Au cas que par ladite » diſpoſition ou partage fût moins laiſſé aux enfans » que la Légitime . . . . . ſeront leſdits enfans » ſaiſis & revêtus des choſes à eux délaiſſées par » icelui partage ; ſans qu'ils puiſſent autre choſe » demander, outre ladite Légitime & ſupplé- » ment «.

Ces dernières paroles font voir clairement que quoique les enfans ſoient ſaiſis de ce qui leur eſt aſſigné par leurs aſcendans à titre de portion héréditaire, ils ne le ſont pas néanmoins de ce qui manque à leur aſſignat pour compléter la Légitime que la loi leur défère.

La coutume de Berry n'eſt pas moins formelle ſur cette matière : après avoir établi, titre 19, article 33, que les enfans qui ont renoncé par contrat de mariage aux ſucceſſions futures de leurs père & mère, *ne ſe pourront dire après le décès du père ou mère ſaiſis d'aucune part de leurs ſucceſſions*, elle ajoute, article 34 du même titre : » Toutefois ſi par ledit contrat de donation à eux

---

faites : *Ad Legitimæ ſupplementum non agitur petitione hereditatis, ſed condictione ex lege*, 30, C. de inofficioſo teſtamento. *Cujus cauſa hæc eſt quòd olim niſi integra Legitima eſſet relicta, querelæ locus eſſet*, parag. 4, inſt. eod. tit. *Quòd cùm mutatum ſit per dictam legem* 30, *quâ inductum ſufficere aliquid relictum nomine Legitimæ, conceſſo jure agendi ad ſupplementum, & quia iſtâ lege non exprimitur actio ; communiter receptum agi condictione ex lege iſtâ.*

» faite, ils n'ont eu leur entière Légitime, ayant » regard au temps de la mort du père ou de la » mère, *ils pourront agir & demander supplément » d'icelle* «.

La coutume de Nivernois renferme implicitement la même disposition : elle décide, article 24 du chapitre 23, qu'une fille dotée, apanée, & en cette qualité exclufe de la succession de ses père & mère, *ne peut* IMPUGNER ladite dotation *& apanage par quelque manière que ce soit, sauf par supplément de sa Légitime.* Le mot *impugner* dont se sert cet article, signifie naturellement attaquer, agir pour avoir ce qu'on demande quand on en est privé. La Légitime ne saisit donc pas, car si elle saisissoit, il seroit inutile de la demander.

C'est ce qui résulte encore de l'article 161 de la coutume de Senlis, portant qu'un fils donataire qui renonce à l'hérédité pour se tenir à sa donation, » *sera tenu de suppléer* à ses autres frères » & sœurs jusqu'à la concurrence de leur Légitime, » si le reste desdits biens n'étoit suffisant pour le » supplément de ladite légitime, lors du décès du » donateur : & quant à ce *seront lesdits biens » & avantages dès lors affectés & hypothéqués* jusqu'à la concurrence d'icelle Légitime «. Ce texte prouve de deux manières très-sensibles que la Légitime ne saisit point : 1°. les termes, *sera tenu de suppléer*, marquent l'action, la contrainte que les enfans sont obligés d'exercer pour avoir leur Légitime; ce qui ne seroit pas s'ils en avoient la saisine de plein droit. 2°. On ne peut jamais avoir d'hypothèque sur un bien dont on est propriétaire. Nous trouvons par-tout ces mots, *hypothèque & propriété*, mis en opposition, de manière que l'un de ces deux droits est nécessairement exclusif de

l'autre (*). Or, aux termes de l'article cité, les enfans ont hypothèque sur les biens donnés à leur frère jusqu'à la concurrence de leur portion légitimaire ; il est donc métaphysiquement impossible qu'ils soient saisis de cette portion.

Si la Légitime ne saisit point, elle ne peut pas former une quote de l'hérédité : ainsi l'argument que tirent nos adversaires de la règle *le mort saisit le vif*, se retorque contre eux-mêmes, & loin d'affoiblir notre opinion, il y ajoute un moyen sans replique.

De là résulte une conséquence très-importante & qui seule renferme le germe d'une foule de décisions relatives à cette matière, c'est qu'il ne faut point prendre la qualité d'héritier pour demander une Légitime. Ainsi pensent Dumoulin en son conseil 35 (**) ; Voët en son commentaire

---

(*) Est quid prorsùs distinctum imò & oppositum, quia non potest quis habere dominium & hypothecam in eâdem re, sed hypotheca supponit dominium esse alienum. *Dumoulin, sur le parag. 46 de l'ancienne coutume de Paris.*

(**) Ricard prétend que Dumoulin lui est plus favorable que contraire, & il en donne deux raisons. Premièrement, Dumoulin, suivant lui, ne parle en son conseil 35 que du cas où le père a épuisé tous ses biens par des donations entre-vifs ; mais il suffit de peser les termes de ce grand jurisconsulte pour se convaincre que sa résolution est générale. Voici comme il s'explique, n. 18 : *Quandò alio universaliter instituto & adeunte, filius particulariter institutus non potest esse heres universalis, etiamsi velit ; vel si possit, mavult verecundè obsequi : vel quandò nihil superest in hereditate, veluti quandò omnia donationibus inter vivos exhauserat, & nihil reliqui fecerat, saltem quod ad Legitimam sufficeret, quia tunc filius (& idem de quovis ex liberis qui alias vocaretur ab intestato) non tenetur gerere pro herede, nec testamentum impugnare, etiamsi possit ; sed mavult judicio parentis obsequi verecundiâ à jure approbatâ, etiamsi nullâ causâ à jure expressâ exheredatus sit. Undè*

ſur le digeſte ; Berroyer en ſes notes ſur les arrêts de Bardet ; Furgole en ſon traité des teſtamens ; en un mot tous les partiſans de la thèſe que nous venons d'établir.

Coquille, Ricard, le Brun & quelques autres auteurs critiquent cette opinion ; mais il ſe préſente tant de raiſons pour la juſtifier, que nous ſommes preſque embarraſſés ſur le choix.

1°. Elle eſt conſacrée formellement par la novelle 92 de l'empereur Juſtinien. Cette loi que Ricard avoue être en uſage parmi nous, porte,

---

poteſt condictione de inofficioſis donationibus petere Legitimam vel ejus ſupplementum.

On ne peut rien de plus clair & de plus indéfini que ces paroles. Dumoulin ne ſe borne pas à une eſpèce particulière, il comprend toutes celles qui peuvent donner lieu à une demande de Légitime, & il répond généralement que le légitimaire n'eſt point tenu de ſe rendre héritier, *non tenetur pro herede gerere.*

En ſecond lieu, Ricard ſoutient que Dumoulin a détruit en ſa note ſur l'article 127 de l'ancienne coutume de Paris, ce qu'il avoit dit en ſon conſeil 35 : & en effet, il propoſe dans cette note l'eſpèce d'un fils donataire qui veut ſe tenir à la qualité de légitimaire, & il dit que la diſtinction établie par les interprètes entre le rapport, la ſucceſſion & l'imputation dans la Légitime, eſt inutile dans notre juriſprudence, parce que pour être légitimaire, il faut faire acte d'héritier ; & qu'étant héritier en ligne directe, on ne peut faire ſa condition meilleure que celle des autres enfans. » Mais, » répond Berroyer, cette note, qui n'a pas été auſſi bien » digérée que le conſeil 35, peut néanmoins ſe concilier ; » car il ne veut dire autre choſe, ſinon qu'il eſt indifférent » à l'enfant donataire qui demande ſa Légitime aux autres » frères, de rapporter ou d'imputer, il pouvoit ajouter » même d'être héritier ou ne l'être pas : car étant héritier, » la loi du rapport l'empêche de retirer ſa donation, ſi » par l'évènement il y a moins de reſte pour lui dans la » ſucceſſion, & n'étant pas héritier, ſa donation eſt également communiquée à ſes frères légitimaires qui y auront une part égale à la ſienne, comme ſur tout ce qui reſtera, les dettes payées «.

que quand un père a fait à l'un de ses enfans une donation inofficieuse, le donataire est à la vérité tenu de souffrir un retranchement proportionné à ce qui manque dans la succession pour remplir la Légitime de ses frères, mais qu'il n'est pas pour cela obligé de se porter héritier, & qu'il peut, sans prendre cette qualité, retenir sa portion légitimaire sur les biens qui lui ont été donnés.

Ricard prétend que cette décision est particulière à l'enfant donataire : » Comme il est, dit cet » auteur, en possession en vertu d'un titre juste » de la part qu'il a droit de prétendre en la Légi- » time, il la peut retenir par exception, sans » qu'il soit tenu de changer de qualité pour cet » effet ; de sorte qu'il retiendra sa part en la Légi- » time en qualité d'enfant, après que la Légitime » aura été levée par tous les enfans en général, » le surplus lui demeurera comme étranger en » vertu de sa donation «.

Cette observation est subtile, mais Berroyer la réfute victorieusement : » L'action que les en- » fans peuvent avoir pour leur Légitime contre le » frère donataire du père commun, n'est point » différente de celle qu'ils ont contre un dona- » taire étranger, & l'on ne voit pas de raison, si » la qualité d'héritier étoit nécessaire pour de- » mander la Légitime, qui pût exempter le fils » donataire de l'être. Voici un dilemme sans re- » plique ; ou il voudroit se considérer lui-même » comme un donataire étranger, & en ce cas il » ne feroit point de part pour fixer la Légitime ; sa » portion accroîtroit aux autres & affoibliroit » davantage sa donation : ou bien il se diroit en- » fant & légitimaire comme les autres, & pour » lors il faudroit mettre les choses à lui données

» dans la masse des biens héréditaires, afin de » régler la portion de chacun, & il n'en pourroit » retirer la sienne, sans prendre la même qualité » d'héritier, si elle étoit nécessaire aux autres «.

2°. L'exemple du douaire, suivant le même auteur, suffiroit pour décider la question : car le douaire est une partie des biens, il tient lieu de Légitime, & cependant, bien loin d'obliger l'enfant douairier à se porter héritier, ces deux qualités sont regardées universellement comme incompatibles.

3°. La fille qui renonce par son contrat de mariage aux successions futures de ses père & mère, perd tellement la qualité d'héritière, qu'elle ne peut pas se faire relever de sa renonciation : néanmoins plusieurs de nos coutumes lui donnent expressément l'action en supplément de Légitime. Voyez ci-après, section 5.

4°. Les loix Romaines, conformes en ce point à la plupart de nos coutumes, ne donnent point d'héritiers, soit testamentaires, soit légitimes, aux criminels condamnés à mort. Cependant elles adjugent une Légitime à leurs enfans, & même à leurs patrons, s'ils sont de condition affranchie. Voyez ci-après, section 8.

5°. L'empereur Justinien déclare dans les chapitres 1 & 4 de sa première novelle, que l'enfant institué par son père, ou le patron par son affranchi, qui refuse de payer, dans l'an du décès du testateur, les legs dont il est chargé, doit être privé de la succession; mais il en excepte formellement la Légitime.

6°. Le même législateur décide dans le chapitre 38 de sa novelle 123, que la succession d'un père qui s'est fait religieux doit appartenir à son

monaftère, & il réferve pareillement la Légitime aux enfans.

7°. On a établi ci-deffus que la novelle 115 n'a rien changé à la nature de la Légitime ni à la qualité de légitimaire, quoiqu'elle ait prefcrit la formalité de l'inftitution dans la Légitime, à peine de nullité du teftament; fi donc on pouvoit, avant cette novelle, être légitimaire fans fe rendre héritier, il eft clair qu'on le peut encore aujourd'hui: or, un raifonnement bien fimple va démontrer qu'il en étoit ainfi dans la jurifprudence du code & du digefte.

Suppofons qu'un père eût alors difpofé de tous fes biens par teftament, & qu'au lieu d'inftituer fes enfans dans leur Légitime, il ne leur eût laiffé qu'un legs inférieur à la quotité de ce droit; ces enfans, aux termes de la loi 30, C. *de inofficiofo teftamento*, qui eft encore en ufage dans les pays coutumiers, n'auroient pas pu arguer le teftament du vice de prétérition, ils n'auroient eu qu'une action pour demander un fupplément de Légitime. Or, comment auroient-ils exercé cette action en qualité d'héritiers? Ils ne l'auroient pas pu comme héritiers teftamentaires, puifque leur père ne les avoit pas inftitués; ils ne l'auroient pas pu comme héritiers légitimes, puifqu'il eft de principe, dans le droit Romain, que l'on ne peut mourir *partim teftatus, partim inteftatus*. Il n'étoit donc pas poffible qu'ils devinffent héritiers dans leur portion légitimaire, &, comme nous venons de l'établir, fi cela ne fe pouvoit pas alors, la même impoffibilité doit encore fubfifter aujourd'hui.

8°. Deux de nos coutumes adoptent formellement l'opinion que nous foutenons ici; ce font celles de Normandie & de Bourgogne. La pre-

mière ne donne aux enfans le tiers coutumier qui leur tient lieu de Légitime, que sous la condition *qu'ils aient tous renoncé* à la succession: ce sont les termes de l'article 399 de cette loi municipale.

La seconde porte, chapitre 7, article 2, que » l'on ne peut exhéréder ses vrais héritiers, que » l'on ne leur délaisse leur Légitime «. On peut donc, suivant cet article, laisser la légitime à un enfant sans en faire un héritier; le mot *exhéréder* ne laisse pas le moindre doute sur la justesse de cette conséquence.

9°. A ces raisons bien décisives sans doute, se réunit une considération qui suffiroit seule pour nous faire rejeter le systême de Coquille, de Ricard & de le Brun. Qu'un père ait fait des donations inofficieuses & laissé des dettes considérables, dans cette espèce, il est clair que si les enfans prennent la qualité d'héritiers pour obtenir le retranchement des donations jusqu'à concurrence de leur Légitime, ils s'exposeront infailliblement aux poursuites de tous les créanciers. » Un inconvé- » nient si notable, dit Ricard lui-même, mérite » bien que l'on cherche un reméde à ce mal pour » tirer de pauvres enfans de deux extrémités qui » les empêchent de recouvrer cette dernière table » du naufrage, ne pouvant pas d'un côté demander » leur Légitime sans prendre la qualité d'héritiers, » & ne pouvant pas d'un autre se dire héritiers » qu'ils ne se rendent incontinent sujets aux dettes; » en quoi il se découvre une injustice que tous » ceux qui aiment l'équité voudroient bien sur- » monter, puisque les créanciers qui veulent » charger les enfans de leurs dettes, s'ils se disent » héritiers, les empêchent par cette rigueur de

» jouir d'un bien dont la privation dans la per-
» sonne des enfans n'apporte aucun profit aux
» créanciers, & ainsi ils font un grand dommage
» dont ils ne ressentent aucun bien : de sorte qu'il
» n'y a qu'un tiers, savoir le donataire, qui, re-
» gardant cette contestation sans y être engagé,
» en retient seul l'utilité au préjudice des en-
» fans «.

Tel est, de l'aveu de Ricard, le résultat injuste & odieux de son opinion. En vain cherche-t-il à l'écarter en proposant le bénéfice d'inventaire comme un privilége propre à réunir dans les enfans la qualité d'héritier, & le droit de retenir francs & quittes de toutes dettes les biens qu'ils feront retrancher sur les donations entre-vifs. Pour que le bénéfice d'inventaire leur procurât ce double avantage, il faudroit, comme le reconnoît l'auteur cité, qu'après avoir exercé le retranchement légal sur les donations entre-vifs, ils pussent abdiquer leur qualité d'héritiers bénéficiaires & renoncer à la succession. Mais, 1°. il est d'une jurisprudence constante dans la plus grande partie du royaume, que la qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire est aussi indélébile que celle d'héritier pur & simple. Voyez l'article BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, tome 5, page 490. 2°. Si l'on pouvoit admettre le fils à renoncer après avoir exercé le retranchement, il faudroit qu'il abandonnât aux créanciers les biens qui lui en sont revenus ; » car,
» dit Berroyer, le principe supposé que l'enfant
» ne peut faire ordonner le retranchement des do-
» nations entre-vifs, sans être héritier pur & sim-
» ple ou bénéficiaire, ce retranchement ne pour-
» roit être considéré comme une créance, un
» avantage ou un droit acquis contre la succession

» du père, dont on veut que le bénéfice d'in-
» ventaire empêche la confusion. Mais sur ce re-
» tranchement procuré par la qualité d'héritier
» bénéficiaire, ou même par celle de légitimaire
» seule, soit que la première vînt à cesser ou
» non, les créanciers seroient toujours préférés
» à la Légitime, qui ne peut jamais être prise
» qu'après les dettes payées, dont le légitimaire
» est tenu jusques à concurrence, comme l'héritier
» bénéficiaire «.

Il est donc évident que le parti proposé par Ricard pour faire cesser l'inconvénient de son systême, ne peut être d'aucune ressource : c'est sans doute parce qu'il le sent lui-même, que cet auteur va plus loin, & dit, » que l'héritier
» par bénéfice d'inventaire peut en ce cas retenir
» sa qualité, sans engager dans les dettes du dé-
» funt la portion qu'il a retranchée des dona-
» tions entre-vifs qui n'y étoient pas sujettes. Car
» la raison pour quoi un enfant donataire ou
» douairier de son père confond dans la succession,
» avec sa qualité d'héritier, sa donation & son
» douaire, & qu'il n'en peut tirer avantage tant
» qu'il retient ce titre, résulte de ce que la
» qualité de donataire & de douairier est abso-
» lument incompatible avec celle d'héritier ; de
» sorte qu'il faut que l'enfant quitte l'une pour
» prendre l'autre. . . . . Mais ici il n'en va pas
» de même, parce que tant s'en faut que la
» qualité de légitimaire soit incompatible avec
» celle d'héritier, que l'une dépend de l'autre «.

On voit que Ricard donne ici pour raison de décider ce qui est en question, savoir que la qualité de légitimaire dépend de celle d'héritier. Mais quand on supposeroit cette dépendance aussi réelle

réelle qu'elle a été démontrée chimérique, le raisonnement de Ricard n'en seroit pas plus exact. La partie dépend certainement du tout, cependant il n'est pas possible de se figurer un tout & une partie existant séparément l'un de l'autre; pour concevoir un tout, il faut se représenter la partie confondue avec lui. Ainsi quand la Légitime seroit à l'hérédité ce qu'est le tout à la partie, il répugneroit toujours que les titres de légitimaire & d'héritier reposassent ensemble & séparément l'un de l'autre sur la même tête: c'est précisément ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris du 16 mars 1666, rapporté au journal des audiences, & par un autre du parlement de Flandre du 7 avril 1690, rapporté par M. Dubois d'Hermanville. » La cour, dit ce dernier, » a débouté le défendeur d'une demande recon- » ventionnelle pour prendre à titre de Légitime » les meubles de la maison mortuaire échue à » Tournai, parce que la qualité d'héritier uni- » versel & principal prise par le sieur comte de » Rumbecque, répugne à celle de légitimaire; » ces deux qualités ne pouvant compatir dans la » même personne.

On ne peut sans contredit rien concevoir de plus décisif; les raisons & les autorités se réunissent donc pour établir qu'il ne faut point être héritier pour demander une Légitime. Il faut convenir cependant que l'opinion contraire a été adoptée par deux de nos coutumes, Chartres & Montargis; la première porte, article 82, *pourvu que les enfans HÉRITIERS dudit testateur ne soient privés & fraudés de leur Légitime.* La seconde dit pareillement, titre 11, article 10; *& si la donation est immense & excessive, les enfans*

HÉRITIERS du testateur la peuvent quereller, selon disposition de droit.

Le Brun prétend même que ces dispositions locales ont été étendues aux coutumes muettes par un arrêt du 3 décembre 1642. Cet arrêt, dit-il, » n'adjugea la Légitime à Marie de Saint-Vaast, » fille majeure, qu'après qu'elle eut pris des let- » tres contre la renonciation par elle faite à la » succession de son père. Car elle avoit renoncé » pour obtenir le douaire de sa mère, dans le- » quel elle n'avoit pas trouvé son avantage, & » l'arrêt en entérinant les lettres contre la renon- » ciation, lui ordonne la délivrance de sa Légi- » time, & juge d'ailleurs que cette Légitime se » devoit prendre sur des biens sur lesquels les » créanciers n'avoient point d'hypothèque, & » que l'acceptation que faisoit cette fille légiti- » maire de la succession de ses père & mère, » sous bénéfice d'inventaire, lui donnoit lieu de » profiter de sa Légitime, sans qu'elle fût sujette » à la poursuite des créanciers «.

Il y a beaucoup d'inexactitude dans cet exposé. L'arrêt dont il s'agit est inséré dans le journal des audiences, & comme il contient les plaidoyers sur lesquels il a été rendu, il est aisé de connoître les points de droit qu'il a décidés. Marie de Saint-Vaast demandoit sa Légitime à ses frères & sœurs sur les sommes qui leur avoient été données par contrat de mariage. Ceux-ci lui opposoient trois moyens : 1°. sa renonciation : 2°. le droit qu'auroient eu les créanciers de se pourvoir sur la Légitime qui lui seroit adjugée, ce qui en auroit rendu l'effet absolument inutile pour elle : 3°. l'affranchissement des donations en faveur de mariage de toute contribution à la Légitime.

De ces trois moyens, le dernier eſt le ſeul ſur lequel l'arrêt ait prononcé, & conſéquemment l'unique point jugé dans cette cauſe, eſt que les dots & les donations en faveur de mariage ſont ſujettes au retranchement de la Légitime. Le plaidoyer de M. l'avocat-général Briquet le prouve clairement. Après avoir rendu compte des faits, ce magiſtrat dit : » Ainſi de ce fait réſulte une » ſeule queſtion de droit importante & fort né- » ceſſaire en ce temps, qui eſt de ſavoir ſi les » gendres ou les enfans qui ont eu des donations » en faveur de mariage, ſont tenus de fournir » ou ſuppléer la Légitime aux autres enfans qui » n'ont rien touché des ſucceſſions de leurs père » ou mère, ou moins qu'il ne leur appartenoit par » la coutume «.

Il ne faut d'ailleurs que réfléchir à la poſition des parties, pour ſe convaincre que l'arrêt n'a pu rien décider à l'égard des deux premières queſtions élevées par les adverſaires de Marie de Saint-Vaaſt.

D'abord la circonſtance de ſa renonciation étoit devenue tout-à-fait indifférente, parce qu'elle s'en étoit fait relever, & que, pour nous ſervir des termes de M. l'avocat-général Briquet, » le » moyen des lettres étoit très pertinent, puiſqu'elle » avoit renoncé par erreur, eſpérant que les choſes » contenues dans ſa donation lui demeureroient «.

Quant au moyen que tiroient les frères & ſœurs du droit qu'auroient eu les créanciers de la ſucceſſion de ſe pourvoir ſur la Légitime demandée par Marie de Saint-Vaaſt, il ſuffiſoit à celle-ci de répondre que l'on ne peut point exciper du droit d'un tiers ; que ce n'étoit point à ſes frères & ſœurs à examiner ce qui ſe paſſeroit

entre elle & les créanciers ; qu'ils devoient toujours lui fournir sa Légitime, & qu'après cela si les créanciers l'inquiétoient, elle prendroit à leur égard tel parti qu'elle trouveroit bon.

Le dispositif de l'arrêt confirme tout ce que nous avançons ; en voici les termes : » La cour.... » ayant aucunement égard aux lettres, ordonne » que la demanderesse aura délivrance de sa Légi- » time, à proportion à son égard de ce qui se jus- » tifiera par les défendeurs avoir chacun d'eux reçu » des successions de leurs père & mère, déduc- » tion aussi faite de ce qui se justifiera avoir été » reçu par la demanderesse desdites successions, & » sans dépens «.

C'est donc sans fondement que le Brun dit avoir été jugé par cet arrêt, *que l'acceptation que faisoit la fille légitimaire de la succession de ses père & mère sous bénéfice d'inventaire, lui donnoit lieu de profiter de sa Légitime, sans qu'elle fût sujette à la poursuite des créanciers* ; il n'y a pas un mot de tout cela dans l'arrêt.

Mais au moins les mots, *ayant aucunement égard aux lettres*, ne semblent-ils pas faire entendre que la cour n'auroit pas admis la demande de Légitime, si la fille ne s'étoit pas fait relever préalablement de sa renonciation ? Cette conséquence paroît assez spécieuse, mais elle n'est rien moins que certaine. Si Marie de Saint-Vaast s'étoit bornée à une simple répudiation d'hérédité, elle auroit très-bien pu soutenir qu'elle n'avoit pas besoin de lettres de restitution pour faire recevoir sa demande ; mais elle avoit été plus loin, elle avoit accepté le douaire de sa mère : or, les qualités de douairier & de légitimaire sont incompatibles, puisque le douaire est une dette, &

que la Légitime ne peut être prise qu'après toutes les dettes payées. Ainsi de ce chef il lui falloit nécessairement des lettres; & c'est sans doute là-dessus que porte la clause de l'arrêt, *ayant aucunement égard.*

Si toutes ces raisons ne suffisent pas pour détruire le préjugé que tire le Brun de cette clause, en voici une qui est sans replique. Le jour qu'a été rendu l'arrêt dont il s'agit, c'est-à-dire, le 3 décembre 1642, il en est intervenu un autre *entre les enfans & les créanciers de Vaulte, notaire, plaidans maîtres Deffita, Gorillon & Hébert, qui a jugé que la seule qualité d'enfant suffisoit, & qu'il n'étoit point nécessaire de se dire héritier pour obtenir sa Légitime.* C'est le Brun lui-même qui s'exprime ainsi : or, est-il probable que le parlement ait rendu le même jour deux arrêts aussi contraires l'un à l'autre que le suppose cet auteur ? On dira peut-être qu'ils sont émanés de différentes chambres ; mais quand on admettroit cette hypothèse, la contrariété n'en seroit pas moins invraisemblable, puisque les deux avocats qui plaidoient dans la cause de Marie de Saint-Vaast, savoir, Deffita & Gorillon, ont encore plaidé dans celle dont nous venons de parler.

Nous avons déjà insinué que la répudiation de l'hérédité n'exclut pas du droit de demander la Légitime, & cela, dit Furgole, » doit avoir lieu » quand même la répudiation seroit faite sans » que le légitimaire eût réservé sa Légitime. » C'est la jurisprudence du parlement de Tou- » louse qui le juge ainsi tous les jours sans au- » cune difficulté : j'en ai remarqué un arrêt, entre » plusieurs autres que j'ai vu rendre, du 2 mai

» 1726, au rapport de M. Deigua en la grand'-
» chambre, en faveur de Me. Jean Caubet,
» avocat & procureur au ſénéchal de Limoux,
» contre le ſieur Jean Rigaud, co-ſeigneur de
» Corneille; par lequel arrêt la Légitime fut
» adjugée à Me. Caubet ſur le patrimoine de ſon
» père, dont il avoit répudié l'hérédité, quoiqu'il
» ne l'eût point réſervée en répudiant «.

Pallu ſur les art. 252 & 309 de la coutume de Touraine, rapporte trois arrêts du parlement de Paris, qui ont jugé la même choſe. Le premier, qu'il dit avoir vu en forme, eſt de l'année 1598. Il date le ſecond du 3 décembre 1642; c'eſt probablement celui que le Brun dit avoir été rendu *entre les enfans & les créanciers de Vaulte.* Le troiſième eſt du 26 août 1659: Pallu le rapporte fort au long, & il mérite à cet égard d'autant plus de foi, qu'il avoit été lui-même partie au procès en qualité de créancier des ſieurs Degat, père & fils.

On demande ſi un fils qui jouit d'une partie des biens de ſon père à titre de Légitime, eſt cenſé avoir fait acte d'héritier? Cette queſtion eſt déjà décidée par les principes que nous venons de développer. Puiſqu'il ne faut pas ſe rendre héritier pour appréhender une Légitime, il eſt clair que la jouiſſance d'une portion légitimaire ne peut point être regardée comme une acceptation d'hérédité; car on n'eſt préſumé faire acte d'héritier par la diſpoſition ou appréhenſion des biens du défunt, que quand cette diſpoſition ou appréhenſion ne pourroit pas avoir lieu ſans la qualité d'héritier.

Mais un légitimaire qui ſe trouveroit en poſſeſſion de toute l'hérédité, ne pourroit pas diſ-

convenir d'avoir fait acte d'héritier ; son droit de Légitime ne pourroit pas lui servir d'excuse ni de prétexte, parce qu'au lieu de se borner à l'exercer, il auroit étendu son appréhension à d'autres objets. La loi 78, au digeste, *de acquirendâ hereditate* (*), décide que l'héritier présomptif qui jouit, au delà de sa portion, d'une chose commune entre lui & le défunt, fait acte d'héritier : il en doit donc être de même du légitimaire, puisqu'il n'est que co-portionnaire dans les biens soumis à son droit de Légitime.

Nous pourrions placer ici la question de savoir si l'on peut être héritier dans une coutume, & légitimaire dans une autre ; mais comme elle est liée à celle de savoir comment doit être fixée la Légitime d'une succession composée en partie de réserves coutumières, il est à propos de la renvoyer à la section 8, §. 3.

§. II. *En quoi conviennent ou diffèrent la Légitime & le douaire des enfans?*

Le douaire des enfans n'est, comme on le sait, que le droit que leur accordent certaines coutumes de prendre en propriété après la mort

---

(*) *Cette loi est conçue en ces termes ;*

Duo fratres fuerant, bona communia habuerant : eorum alter intestato mortuus suum heredem non reliquerat. Frater qui supererat nolebat ei heres esse. Consulebat nùm ob eam rem quòd communibus, cùm sciret eum mortuum esse, usus esset, hereditati se alligasset. Respondit, nisi eo consilio usus esset, quòd vellet se heredem esse, non astringi. Itaque cavere debet ne quâ in re plus suâ parte dominationem interponeret.

de leur père, la portion de ses immeubles, dont leur mère a eu l'usufruit à titre de douairière.

On assimile communément ce droit à une espèce de Légitime, & en effet il y a entre l'un & l'autre plusieurs traits d'analogie.

1°. La Légitime & le douaire sont des quotes des biens du père.

2°. On ne peut prendre ni l'une ni l'autre sans avoir renoncé à la succession paternelle.

3°. Ce ne sont point des libéralités du père, mais des dettes que la loi imprime sur ses biens, & dont il est chargé envers ses enfans dès le moment de leur naissance.

4°. Le légitimaire & le douairier sont également tenus au rapport : nous verrons dans la section 8, §. 3, que celui qui demande sa Légitime doit rapporter les donations qu'il a reçues du défunt pour les imputer ou moins prendre ; & l'on a vu à la page 94 du tome 21, que celui qui demande son douaire est dans la même obligation.

Mais si le douaire convient avec la Légitime sur certains points, il en diffère aussi à bien des égards.

1°. La Légitime est une dette du droit naturel, du droit civil & du droit coutumier; le douaire n'est fondé que sur les coutumes, encore n'est-il pas admis dans tous les pays coutumiers.

2°. La Légitime se prend également sur les biens du père & sur ceux de la mère ; le douaire n'a lieu que sur les biens du père.

3°. La Légitime ne saisit point: le douaire saisit en plusieurs coutumes.

4°. La Légitime ne peut être prise sur une suc-

cession qu'après toutes les dettes déduites, elle n'est préférée qu'aux donations & aux legs ; le douaire, dans la plupart des coutumes, se prend sur les biens qu'avoit le père au moment du mariage, & il est préféré à toutes les dettes postérieures à cette époque.

5°. La Légitime ne peut être ôtée aux enfans sans cause valable ; mais il dépend toujours d'un père de ne pas leur accorder de douaire : il ne faut pour cela qu'une clause de contrat de mariage.

La coutume de Normandie paroît rejeter toutes ces différences, & confondre absolument le douaire avec la Légitime. Elle dit, article 399, que *la propriété du tiers destiné pour le douaire de la femme est acquise aux enfans*, & elle ne donne point à ceux-ci d'autre Légitime que ce tiers.

Il ne faut cependant pas conclure de là que le douaire & la Légitime soient deux choses parfaitement identiques en Normandie : il y a entre l'un & l'autre deux différences notables. Premièrement, le douaire ne se prend que sur les biens du père ; & l'article 404 porte, que » pareillement » la propriété du tiers des biens que la femme » a lors du mariage ou qui lui échéront constant » le mariage, ou lui appartiendront à droit de » conquêts, appartiendra à ses enfans, aux mêmes » charges & conditions que le tiers du mari «.

En second lieu, il n'est pas toujours vrai que la femme doive avoir pour son douaire ce qui est laissé aux enfans pour leur tiers paternel, ni qu'elle ne puisse pas en avoir un plus grand ; c'est ce que déclare nettement l'article 400 ; en voici les termes : » S'il y a enfans de divers lits,

» tous enſemble n'auront qu'un tiers, demeurant » à leur option de le prendre eu égard aux biens » que leur père poſſédoit au temps des premières, » ſecondes ou autres noces, & ſans que ledit » tiers diminue le douaire de la ſeconde ou troi- » ſième femme, leſquelles auront plein douaire » ſur le total du bien que le mari avoit lors des » épouſailles «. Si, aux termes de cet article, le tiers des enfans ne diminue point le douaire de la ſeconde ou troiſième femme, il eſt évident que ce douaire peut être plus grand que le tiers. Quelques exemples rendront cette vérité plus ſenſible.

Un père poſſédoit peu de biens lors de ſon premier mariage, & il a eu des enfans de ce lit; il étoit plus riche au temps de ſon ſecond mariage, mais il n'en a point eu d'enfans. Dans cette eſpèce, le douaire de la ſeconde femme comprendra le tiers du *total du bien que le mari avoit lors des épouſailles* contractées avec elle; mais le tiers des enfans ne pourra être pris que ſur les biens dont le père étoit ſaiſi au temps de ſon premier mariage, & par conſéquent il ſera moindre que le douaire.

Voici au contraire un cas où il doit l'excéder. Un homme ſe marie en premières noces avec des biens conſidérables; mais il en diſſipe une grande partie & contracte beaucoup de dettes : ſa femme lui donne des enfans, & meurt; il ſe remarie. Il eſt clair que ſes enfans, en prenant leur tiers ſur le patrimoine qu'il ävoit au moment de ſon premier mariage, auront plus que ne peut comprendre le douaire de la ſeconde femme, puiſqu'elle ne peut le prendre que ſur les biens qui reſtoient à ſon mari, lorſqu'elle l'a épouſé.

Ainsi quand la coutume décide que *la propriété du tiers destiné pour le douaire est acquise aux enfans*, elle parle du cas qui arrive le plus souvent, c'est-à-dire, de celui où le père n'a été marié qu'une fois ; alors le douaire & le tiers des enfans ne sont vraiment qu'une même chose ; mais quand il a été marié plusieurs fois, il peut se trouver une différence notable entre l'un & l'autre droit.

C'est faute d'avoir bien saisi ces principes, qu'a été rendu au parlement de Paris un arrêt du 7 septembre 1672, qui contrarie directement l'esprit & la lettre de la coutume de Normandie.

Il s'agissoit de savoir en quoi devoit consister le douaire d'Anne de Chourses, seconde femme de Jean-Thomas de Verdun, lieutenant-criminel du bailliage de Rouen ; Jean-Thomas de Nestanville, fils du premier lit, avoit renoncé à la succession de son père, & pris le tiers des biens possédés par celui-ci au temps du mariage qui lui avoit donné le jour. Sa belle-mère prit de là occasion de soutenir que ce même tiers devoit lui être adjugé pour son douaire ; voici comme elle raisonnoit.

L'article 399 de la coutume de Normandie déclare le tiers destiné pour le douaire de la femme acquis aux enfans ; le douaire est donc toujours l'usufruit du tiers dont les enfans ont la propriété. La coutume ne distingue point si la femme & les enfans sont d'un même lit ou de mariages différens ; ainsi les mots *femme* & *enfans* doivent s'entendre généralement de la femme & des enfans survivans ; & c'est ce qui résulte de l'article suivant : *S'il y a enfans de divers lits, tous ensemble n'auront qu'un tiers.* Si la coutume

avoit pensé autrement, elle auroit employé le terme de *mère* au lieu de celui de *femme*, & elle auroit dit *ses enfans*, au lieu de parler d'*enfans* en général.

Ce raisonnement a été adopté par l'arrêt cité; mais il paroît bien foible quand on le rapproche des textes de la coutume. Ce n'est point par l'article 399 que cette loi municipale a entendu fixer le douaire, elle n'a voulu déterminer en cet endroit que la quotité de la Légitime des enfans. Le douaire est réglé par l'article 367; c'est là le véritable siége de cette matière. Or, suivant cet article, les femmes ne peuvent jamais avoir pour douaire que *l'usufruit du tiers des choses immeubles dont le mari est saisi lors de leurs épousailles*. Ce mot *leurs* prouve clairement que le temps du mariage de chaque femme est comme un point immobile & inaltérable qu'il faut toujours considérer pour faire la liquidation du douaire. Peu importe à la femme que son mari ait des enfans d'un ou de plusieurs mariages, ou même point du tout, son douaire demeure toujours fixé au tiers des biens que son mari possédoit lorsqu'il l'a épousée. C'est d'ailleurs ce qui est nettement décidé par l'article 87 des placités de 1666; en voici les termes: » La seconde femme » ne peut avoir douaire que sur les biens dont » elle a trouvé son mari saisi lors de leur ma- » riage, ou qui lui sont échus en ligne directe «.

§. III. *En quoi conviennent ou diffèrent la Légitime & les réserves coutumières?*

On entend par *réserves coutumières*, les portions de biens que les coutumes déclarent indif-

ponibles, & qu'elles assurent par ce moyen aux héritiers.

On en distingue de deux sortes. Les unes n'ont lieu qu'en faveur des descendans; telles sont celles que l'on connoît dans certaines coutumes d'égalité parfaite, & dans les pays où la dévolution est établie en faveur des enfans dont le père ou la mère a convolé à de secondes noces. Voyez l'article COUTUMES, tome 16, page 398, & l'article DÉVOLUTION, tome 19, page 100.

Les autres réserves sont celles que les coutumes ont introduites pour les collatéraux comme pour les enfans, & ce sont les plus ordinaires.

Les coutumes se sous-divisent encore là-dessus en deux classes; les unes limitent les réserves aux dispositions de dernière volonté; les autres les étendent aux donations entre-vifs. Ces notions supposées, il est aisé de voir en quoi conviennent & en quoi diffèrent généralement les réserves & la Légitime.

Elles conviennent en ce qu'il n'est pas plus au pouvoir de l'homme de déroger aux unes, que d'ôter ou diminuer l'autre.

Mais elles diffèrent en plusieurs points : 1°. on ne peut pas demander les réserves sans se rendre héritier; & nous avons prouvé dans le §. 1 de cette section, que cette qualité est incompatible avec celle de légitimaire.

2°. Les réserves, dit le Brun, » composent » ou augmentent la succession *ab intestat* : car si » quelqu'un a disposé de ses propres au delà de » ce qui lui est permis par la coutume, cela se » trouve de plein droit dans la succession *ab in-* » *testat*, à cause de la nullité de la disposition, » qui ne subsiste qu'à proportion qu'elle n'est pas

» contre la prohibition expresse de la loi muni-
» cipale, au lieu que la Légitime ne s'obtient que
» contre des donations qui subsistent d'elles-
» mêmes, & qui sont d'ailleurs conformes à la
» coutume. C'est pourquoi l'on juge que les en-
» fans donataires qui se tiennent à leur don, ne
» font point part dans les quatre quints ou telle
» autre partie des propres, que la coutume veut
» être réservée aux héritiers *ab intestat*, au lieu
» qu'ils font part dans la Légitime & diminuent
» la part des légitimaires. Et en cela l'on consi-
» dère ces quatre quints ou cette autre portion
» comme des biens qui sont de plein droit dans
» la succession *ab intestat*, & dans lesquels les
» renonçans n'ont point de part & ne font point
» de part «.

3°. La Légitime n'a été introduite que pour assurer des alimens à ceux à qui elle est due : les réserves doivent leur origine au zèle de nos coutumes pour la conservation des biens dans les familles.

4°. Le légitimaire est obligé, comme on le verra ci-après, section 8, §. 5, d'imputer sur la portion qu'il demande en cette qualité tous les avantages dont le défunt l'a gratifié, parce qu'ils sont regardés comme des à compte de son espèce de créance. L'héritier au contraire n'impute rien en exerçant ses réserves, parce que l'affectation des biens indisponibles à sa ligne n'est ni détruite ni diminuée par les donations qui lui ont été faites sur les biens libres.

Quelque frappantes que soient ces différences, il y a des auteurs qui prétendent assimiler entièrement les réserves avec la Légitime ; en sorte que, suivant eux, il faudroit toujours régler la

quotité de celle-ci ſur le taux auquel les coutumes fixent celles-là.

Pour apprécier ce ſyſtême avec juſteſſe, il faut le conſidérer & par rapport aux coutumes qui bornent les réſerves aux diſpoſitions teſtamentaires, & par rapport à celles qui y comprennent même les donations entre-vifs.

On convient aſſez que les premières coutumes n'ont point entendu régler la Légitime en établiſſant les réſerves ; en effet la Légitime ſe prend ſur les biens dont le défunt a diſpoſé entre-vifs, comme ſur ceux qu'il a donnés ou légués par ſon teſtament : or, il pourroit arriver dans ces coutumes qu'un homme épuiſât toute ſa fortune en libéralités entre-vifs, & ne laiſſât rien à ſa mort ; ſi donc on regardoit les réſerves qu'elles établiſſent comme une Légitime proprement dite, les premières devenant ſans objet faute de biens ſur leſquels elles puſſent agir, la ſeconde ſe trouveroit pareillement réduite à rien, quoique de ſa nature elle dût opérer ſur les donations entre-vifs.

Auſſi avons-nous pluſieurs coutumes de la claſſe dont nous parlons, qui diſtinguent ces deux objets de la manière la plus préciſe. Celles de Paris, article 292 ; d'Orléans, article 295 ; de Senlis, article 217 ; de Valois, article 84 ; de Clermont en Beauvoiſis, article 130 ; de Nivernois, chapitre 33, article 1 ; de Chartres, article 91 ; de Mante, article 155 ; d'Auxerre, article 225 ; de Melun, article 246, du Grand-Perche, article 129, fixent les réſerves teſtamentaires aux quatre quints des propres tant féodaux que roturiers ; Péronne, article 65, & Chauny, articles 61 & 85, les déterminent aux deux tiers des propres

tenus en roture & aux quatre quints de ceux tenus en fief. Montargis, chapitre 13, article 2, ne permet la diſpoſition des propres *que juſques au quint en fief & au quart en cenſive.* Bourbonnois, article 291, & Auvergne, titre 14, article 12, interdiſent tout acte de dernière volonté qui excéderoit le quart des biens quelconques du teſtateur. Et cependant toutes ces coutumes admettent expreſſément la Légitime de droit aux enfans, comme on peut le voir par les textes cités au commencement de cet article.

La coutume d'Amiens, article 57, adopte les mêmes réſerves que la coutume de Paris; & l'on a vu ci-deſſus que les arrêts y ont pareillement introduit la Légitime.

Voilà certainement des preuves bien claires qu'il n'eſt pas dans l'eſprit général de notre droit coutumier, de confondre les réſerves avec la Légitime, ni de prendre celles-là pour règles de celle-ci.

La coutume de Gand paroît à la première vue contraire à ce principe; voici ce qu'elle porte, rubrique 28, article 2: » Perſonne ne peut par » teſtament ou dernière volonté diſpoſer ou donner » plus que juſqu'au tiers de tous les biens de lui » donateur, & non pas davantage; & ſi la diſpo- » ſition excède, elle eſt réduite juſqu'audit tiers; » de ſorte que chaque héritier doit avoir les deux » tiers de ſon contingent POUR SA PORTION LÉGITIME «. On ne peut rien, ce ſemble, de plus poſitif que ces termes; ils donnent aux collatéraux comme aux deſcendans les deux tiers de leur portion *ab inteſtat* pour leur *Légitime;* ils identifient donc les réſerves établies en faveur des heritiers quelconques, avec la Légitime dont

la

la demande ne peut être faite de droit commun que par un petit nombre de personnes privilégiées; & par conséquent il faut au moins dans cette coutume écarter toute distinction entre ces deux objets.

Prenons garde cependant de nous laisser surprendre par la lettre de cette loi, & cherchons à pénétrer son esprit. Combien n'y a-t-il pas d'auteurs qui désignent la réserve par les mots *Légitime de coutume*? Les rédacteurs de la coutume de Gand n'ont ils pas pu adopter cette expression pour faire d'autant mieux sentir l'indisponibilité des deux tiers qu'ils mettoient en réserve? Et s'il est possible d'admettre cette interprétation, ce que l'on ne sauroit révoquer en doute, puisqu'il faut toujours se rapprocher des vrais principes & du droit commun, comment pourroit-on raisonnablement soutenir que la Légitime de droit est fixée dans cette coutume aux deux tiers de tous les biens de celui qui la doit?

On dira peut-être que ce n'est-là qu'une probabilité, & que dans l'incertitude sur le sens d'une loi, il faut se tenir à celui que la lettre présente; mais voici quelque chose de plus clair & de plus précis.

Si la coutume de Gand avoit entendu fixer la Légitime de droit aux deux tiers, elle auroit certainement accordé aux légitimaires le droit de faire réduire jusqu'à cette concurrence les donations entre vifs qui préjudicieroient à cette portion; car c'est ce droit qui distingue principalement la Légitime d'avec les réserves dans les coutumes qui bornent celles-ci aux dispositions testamentaires : or, non seulement elle ne le leur a point donné en termes

exprès, mais elle a déclaré formellement que les donations entre-vifs ne pourroient être révoquées pour la Légitime, que proportionnément au taux auquel les loix civiles l'ont fixée. C'est la disposition précise de l'article 1 de la rubrique 12, conçu en ces termes : » Chaque personne étant » maître de soi . . . . peut disposer par donation » entre vifs . . . . . de son bien propre, meuble & » immeuble en tout ou en partie. . . . . & lesdites donations sortissent leur effet. . . . . sauf » les causes d'ingratitude, de la survenance d'enfant après la donation, *comme encore du don & » de la donation inofficieuse qui demeureront à la » disposition du droit écrit* «.

Ce texte nous fait voir très-clairement que la Légitime n'est pas différente en cette coutume de ce qu'elle est dans le droit commun, & par conséquent il en résulte que l'article 2 de la rubrique 28 ne parle pas d'une Légitime proprement dite, mais d'une simple réserve coutumière.

La coutume d'Audenarde admet la même quotité pour la Légitime que pour la réserve coutumière ; mais la manière dont elle le fait annonce clairement que ses rédacteurs étoient bien convaincus de la différence qu'il y a entre l'une & l'autre ; voici ce qu'elle porte, rubrique 20, article 6 : » Personne *ayant des enfans ou point*, ne » peut léguer ou donner par testament, codicille » ou autre dernière volonté, plus du tiers de ses » biens situés en Flandre «. L'article 7 ajoute : » Chacun héritier du testateur doit avoir les deux » tiers de la succession francs & non chargés, & » quittes de toutes dispositions de testament «.

Si cette coutume avoit confondu la Légitime avec la réserve qu'elle ordonne par ces textes, elle

n'en auroit pas dit davantage ; elle auroit cru avoir pourvu suffisamment à la première par l'établissement de la seconde. Mais elle a été plus loin, parce qu'elle a senti que son intention par rapport au taux de la Légitime, n'étoit rien moins qu'exprimée ; en conséquence, elle a déclaré, rubrique 8, article 1, que » chaque personne a » la faculté de disposer, par donation libérale entre- » vifs & de main chaude, de tous ses biens, meu- » bles ou immeubles ..... pourvu que ladite » donation ne soit pas .... au dessus du tiers des » biens, au préjudice des ascendans ou des enfans, » ou des enfans des enfans *in infinitum*, & aussi » des frères & sœurs, lorsque ladite donation seroit » faite à personne infame «.

Cette disposition diffère en deux points essentiels des articles 6 & 7 de la rubrique 20 : 1°. en ce qu'elle est bornée aux personnes qui ont droit de Légitime, comme on le verra plus particulièrement dans la section 3 : 2°. en ce que le retranchement qu'elle ordonne porte expressément sur les donations entre-vifs. Il n'est pas possible de méconnoître à ces deux circonstances le véritable caractère de la Légitime, ni la différence qui existe entre elle & la réserve coutumière, ni enfin la nécessité dans laquelle se sont trouvés les rédacteurs d'ajouter à leur coutume l'article que nous venons de transcrire, pour empêcher que, malgré les articles 6 & 7 de la rubrique 20, l'on ne réglât le taux de la Légitime sur le droit Romain.

D'après cela, rien de plus aisé que de décider par rapport aux autres coutumes de la Flandre Flamande, si les deux tiers qu'elles assurent aux héritiers du sang forment une Légitime ou seulement une réserve.

La coutume de Bruges défend, titre 13, article 2, de disposer de plus d'un tiers par testament; & elle permet, titre 15, article 2, de donner tout par acte entre-vifs : il en est de même de Furnes, titre 18, article 1, & titre 20, article 6; de Nieuport, rubrique 11, article 1, & rubrique 22, article 3; d'Ecloo, rubrique 12, article 2, & rubrique 20, article 2; de Bouchante, rubrique 9, article 1, & rubrique 24, article 2; d'Assenede, rubrique 6, article 1, & rubrique 21, article 2; d'Ypres, rubrique 8, article 1, & rubrique 9, article 2; d'Alost, rubrique 11, article 1, & rubrique 21, article 1; de Courtrai, rubrique 14, articles 1 & 4; de Termonde, rubrique 9, article 2, & rubrique 18, article 1; de Waes, rubrique 5, article 1; de Berghes-Saint-Winock, rubrique 16, article 1, & rubrique 25, article 1.

Plusieurs de ces coutumes portent expressément comme celle de Gand, que *chaque héritier doit avoir les deux tiers de son contingent pour sa portion Légitime*; mais aussi elles déclarent presque toutes que la querelle d'inofficiosité contre les donations entre-vifs demeurera sous la disposition du droit écrit; conséquemment il faut leur appliquer tout ce que nous avons dit sur la coutume de Gand, c'est-à-dire, regarder la *portion Légitime* dont elles parlent comme une simple réserve, & leur adapter la Légitime de droit, telle qu'elle est déterminée par les loix Romaines.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si les réserves coutumières tiennent lieu de Légitime dans les coutumes qui les étendent aux donations entre-vifs.

Cette queſtion ne peut pas être d'un grand uſage pour les ſucceſſions dont tous les biens ſont ſoumis à de pareilles réſerves ; parce qu'il importe peu à l'enfant qui a ſa portion entière de la prendre à titre de réſerve ou à titre de Légitime ; mais elle doit s'élever fréquemment dans les ſucceſſions compoſées de biens répandus en coutumes de différentes eſpèces ; en effet il eſt de principe, comme on le verra ci-après, ſection 6, ſur la fin, & ſection 8, §. 3, que la Légitime ſe règle ſuivant la loi de la ſituation de chaque patrimoine qui doit en ſouffrir la détraction, & que l'excédent de la réſerve dans chaque coutume ſur la Légitime, doit être imputé ſur la Légitime due par les biens des autres coutumes : on ſent qu'il doit réſulter de là une grande différence entre l'hypothèſe de la confuſion de la Légitime avec la réſerve, & celle de la diſtinction de l'un de ces droits d'avec l'autre. Il eſt donc très-important de donner à la queſtion propoſée une déciſion préciſe, lumineuſe & raiſonnée.

On peut ranger en deux claſſes les coutumes qui étendent les réſerves aux donations entre-vifs ; les unes ne font tomber l'indiſponibilité que ſur la totalité ou une partie de certains biens ; les autres y aſſujettiſſent les biens quelconques, ſoit en tout, ſoit en partie.

Dans la première claſſe ſont les coutumes d'Artois, article 91 ; de Ponthieu, articles 20 & 25 ; de Boullonnois, article 92, qui réſervent tous les propres, à moins que la donation n'en ſoit faite du conſentement de l'héritier préſomptif ; celles de Calais, article 66 ; de Vermandois, article 51, & de Rheims, article 232, qui réſervent la moitié des propres ; celles de Châlons,

article 63 ; de Verdun, titre 5, article 1, & de Bailleul, rubrique 14, articles 3 & 10, qui réservent, la première les deux tiers des propres anciens, la seconde les deux tiers des propres même naissans, la troisième les deux tiers des propres quelconques.

Il est certain que ces différentes réserves ne peuvent pas tenir lieu de Légitime, parce que, dit Boullenois, » elles sont telles qu'un enfant » pourroit ne point trouver dans la succession une » Légitime de droit, en ce qu'elles ne tombent » que sur certains biens qu'un père pourroit ne » pas avoir «. Aussi avons-nous vu plus haut, section 1, que la jurisprudence des arrêts a toujours établi en Artois, en Ponthieu & en Boullonnois la différence la plus marquée entre la Légitime de droit & les réserves coutumières : c'est ce qui paroît même spécialement par l'arrêt des Coffin du 6 septembre 1752, en ce qu'il défère à l'aîné l'option des réserves portées par la coutume d'Artois, & la Légitime de droit, telle qu'elle est réglée par l'article 298 de la coutume de Paris.

Cette différence est encore plus sensible dans les coutumes de Calais, de Vermandois, de Rheims, de Châlons, de Verdun & de Bailleul ; toutes ces loix déclarent positivement que la permission par elles accordée de disposer de la moitié ou du tiers des propres, ne portera aucun préjudice à la Légitime des enfans ; on ne peut certainement pas de preuve plus évidente de la distinction qu'elles font de la portion légitimaire d'avec les réserves.

On doit compter dans la même classe les coutumes d'Anjou, de Poitou & du Lodunois, puis-

qu'elles affranchiſſent tous les meubles des réſerves auxquelles elles ſoumettent en partie les autres biens. Il y a cependant des auteurs qui prétendent faire paſſer ces réſerves pour des Légitimes proprement dites : c'eſt ce que penſent entre autres Boullenois ſur Rodemburg, tome 1, page 321 ; Boucheul & Lelet ſur la coutume de Poitou, article 203 ; Dupineau ſur celle d'Anjou, article 322 : & ce qu'il y a d'étonnant, leur opinion paroît avoir été adoptée par un arrêt du 10 août 1624, dont voici le détail & l'eſpèce ; c'eſt Dufreſne qui parle, en ſon journal des audiences.

» Le lundi 10 août 1624, au rôle de Poitiers, » fut jugé qu'en la coutume d'Anjou qui ne diſ- » poſe particulièrement quelle doit être la Légi- » time, qu'il la falloit régler aux deux tiers dont » la coutume défend de teſter ou diſpoſer par » teſtament «. La conteſtation s'étoit élevée au ſujet d'un arrêt qui avoit ordonné une détraction de Légitime au profit des créanciers d'un fils chargé d'une ſubſtitution univerſelle : & comme l'arrêt ne ſpécifioit point la quotité de cette Légitime, » l'on ſoutint, continue Dufreſne, que la » coutume n'en diſpoſant point, il falloit avoir » recours au droit écrit. Les juges d'Angers la dé- » finirent aux deux tiers des biens dont l'aïeul » n'avoit pu diſpoſer par teſtament ; dont appel : » par arrêt, l'appellation au néant, ordonné que » ce dont étoit appel ſortiroit ſon effet «.

Dufreſne fait là-deſſus une obſervation judicieuſe. » Il ſemble qu'au premier arrêt il auroit » été plus équitable d'ordonner que les créanciers » ſeroient ſubrogés aux droits de leur débiteur, » pour pourſuivre le droit ſucceſſif qui lui devoit » écheoir *ab inteſtat*, & dont il n'avoit été loi-

» ſible à l'aïeul de diſpoſer par teſtament ; auquel
» cas en exécution d'arrêt il n'eût été queſtion
» que de diſputer la diſpoſition des deux tiers des
» biens, deſquels l'aïeul n'avoit pu diſpoſer par
» la coutume, au préjudice de ſon fils & en
» fraude de ſes créanciers «.

Cet auteur, comme on le voit, n'approuve pas la confuſion que l'arrêt cité a faite de la réſerve coutumière avec la Légitime de droit. Ce n'eſt pas cependant que dans l'eſpèce dont il s'agiſſoit on ne dût adjuger aux créanciers qu'une portion légitimaire ; non, ils avoient droit à toute la réſerve, & c'eſt avec juſtice qu'ils l'ont obtenue, puiſqu'elle ne pouvoit pas plus être entamée ou grevée que la Légitime. Mais ſi le défunt eût laiſſé des biens en différentes coutumes, la néceſſité de l'imputation dont nous avons déjà parlé auroit obligé les juges de diſtinguer la Légitime de la réſerve, & alors le taux de la première portion n'auroit pas été réglé ſur celui de la ſeconde, mais ſur le droit commun. C'eſt ce qui a été jugé pour la coutume d'Anjou même, par deux arrêts des 31 mars 1618 & 6 ſeptembre 1674. Ce dernier a auſſi été rendu pour la coutume de Poitou, & il a été ſuivi, à l'égard de la même loi, d'un autre du 12 mars 1715, & d'un troiſième ſans date, qui a confirmé une ſentence de Poitiers du 20 août 1747. Tous ces arrêts ſe trouvent ci-après, ſection 6.

Les coutumes de la ſeconde claſſe ſont Berry, titre 7, article 9, qui réſerve aux enfans la moitié de tous les biens, meubles, immeubles, acquêts & propres ; Touraine, article 233, qui leur réſerve les deux tiers des propres, avec la moitié des acquêts & des meubles ; la Rochelle, qui ſtatue,

article 44, qu'*aucun ne peut donner ni léguer à autre, ſoit par teſtament ou autrement, de ſes biens-meubles & acquêts immeubles, s'il n'a héritage paternel, maternel ou collatéral, que les deux parts deſdits acquets immeubles ne demeurent à ſes héritiers; & s'il n'a que meubles, que les deux parts deſdits meubles ne demeurent à ſeſdits héritiers.*

Telles ſont auſſi les coutumes de Normandie & de Vitry, dans leſquelles la réſerve pour les enfans eſt de toute leur portion héréditaire, ſauf, dans la première, le tiers des meubles dont le père & la mère peuvent diſpoſer à leur gré. Enfin, telles ſont en Flandres Caſſel & Henaix: l'une porte, article 233, que *perſonne ne pourra par contrat de mariage ni par autre donation entre-vifs ou à cauſe de mort, priver & exclure ſon héritier de ſa Légitime, c'eſt à ſavoir des deux tiers des héritages, rotures & des catteux qui lui écheoient* ab inteſtat, *ſans charge d'aucuns legs ou des funérailles.* L'autre déclare, titre 15, article 2, que *l'on peut faire donation auſſi bien des fonds d'héritages, des biens-meubles, catteux, que des autres, tels qu'ils ſoient, pourvu que la donation n'excède pas la troiſième partie des biens du donateur.*

Boullenois ſoutient qu'il n'y a dans toutes ces coutumes aucune différence entre la Légitime & la réſerve. La Légitime de droit (ce ſont ſes » termes) n'a été admiſe que pour empêcher » que les pères, par aucunes diſpoſitions gratuites, » ne privaſſent leurs enfans d'une portion de leurs » biens: quand ces enfans trouvent néceſſairement » une portion des biens de leur père, ſous telle » dénomination que ce puiſſe être, il eſt vrai de » dire que la loi leur a pourvu; la quotité qu'elle » deſtine néceſſairement aux enfans, eſt préſumée

» une portion raisonnable & telle que le père peut
» la devoir à ses enfans «.

Mais, qu'il nous soit permis de le dire, il faut faire bien peu d'attention à la nature de la Légitime, pour raisonner ainsi. Que les réserves coutumières portent sur l'universalité des biens, ou qu'elles n'en affectent qu'une partie, n'est-il pas toujours vrai de dire que leur unique objet est l'intérêt des familles ? cela n'est-il pas même plus évident dans le premier cas que dans le second ? comment donc les confondre avec une portion que la loi n'a introduite que pour fournir aux alimens de ceux à qui elle la défère ?

D'ailleurs, la qualité de légitimaire exclut nécessairement celle d'héritier; les réserves au contraire la supposent. Or, dans l'ordre naturel des choses, il est certain que l'on doit donner plus à celui qui accepte la succession, qu'à celui qui y renonce. C'est une de ces vérités que le bon sens démontre, & que l'on obscurciroit en voulant les développer. Cependant Boullenois égale la condition de l'un à celle de l'autre, en assimilant la Légitime à la portion héréditaire; en faut-il davantage pour faire rejeter son systême ? Aussi est-il forcé de convenir » que la jurisprudence actuelle
» lui est contraire, & qu'il a été jugé ou réglé
» dans les maisons de Condé & de Conti, que le
» fils légitimaire dans des coutumes d'inégalité
» étoit obligé d'imputer dans ces coutumes la
» portion héréditaire qu'il prenoit dans les cou-
» tumes d'égalité «.

Ajoutons que la même chose a été jugée par plusieurs autres arrêts : celui du 6 septembre 1674, déjà cité pour les coutumes d'Anjou & de Poitou, a été aussi rendu pour celles de Touraine & de la

Rochelle. Il y en a encore deux intervenus dans cette dernière, les 21 janvier 1713 & 6 mars 1716. Nous les rapporterons ci-après, section 6.

Cette décision est même consignée formellement dans la coutume de Berry, titre 7, article 10; & s'il y en a une où il semble que l'on doive juger tout le contraire, c'est certainement celle de Cassel, puisqu'elle donne à la réserve la dénomination de Légitime. Cependant il a été décidé par arrêt du parlement de Flandre du 3 août 1762, que la Légitime ne pouvoit avoir d'autre règle dans cette coutume, que les principes du droit commun. En voici l'espèce.

Il s'agissoit de fixer la Légitime dont le sieur de Monmonnier demandoit la détraction sur la substitution universelle dont le père & la mère l'avoient grevé par leur testament conjonctif du 15 août 1730. Les échevins de Lille, devant qui la cause fut portée en première instance, ordonnèrent par sentence du 24 novembre 1755, que la Légitime dans la coutume de Cassel demeureroit fixée aux deux tiers de tous les biens; mais sur l'appel qui en fut interjeté au parlement de Flandre, par le fils du sieur de Monmonnier intéressé à conserver la substitution, elle fut réformée, & le tiers seulement adjugé au légitimaire, conformément au droit Romain.

Il est vrai que cet arrêt a été cassé au conseil, comme on le verra ci-après, section 8, §. 2, & que sur le renvoi de la cause au grand-conseil, il en a été rendu un autre du 8 août 1764, qui a confirmé la sentence des échevins de Lille.

Mais, 1°. on ne peut pas raisonnablement présumer que la cassation ait été motivée par cette

disposition de l'arrêt : nous ferons voir dans la suite de cet article qu'il renfermoit sur un autre point une contravention manifeste à l'article 34 de l'ordonnance de 1731, & il y a tout lieu de croire que c'est le seul moyen qui ait fait impression sur le conseil : on pourroit même l'assurer sans témérité, puisqu'aux termes de la réponse faite par le roi aux remontrances de la province de Lille, le 30 mars 1719, les arrêts du parlement de Flandres ne peuvent pas être cassés pour contravention prétendue aux coutumes de son ressort (*).

2°. Si le sieur de Monmonnier fils avoit seulement soutenu le bien jugé de l'arrêt du parlement de Flandres, relativement à la quotité de la Légitime de son père, rien ne lui auroit été plus aisé que d'en faire confirmer la décision.

En effet, peu importe que la coutume de Cassel qualifie de *Légitime* les deux tiers qu'elle affecte à toutes sortes d'héritiers. Ce n'est point toujours par les mots qu'il faut juger des choses, on est souvent obligé d'abandonner la lettre d'une loi pour en trouver l'esprit : la manière la plus naturelle d'interpréter les coutumes, est de les comparer à celles qui, par le voisinage des pays qu'elles gouvernent, & par la ressemblance des mœurs qui en est la suite, peuvent seules découvrir la véritable intention des rédacteurs. Or, on a vu plus haut que les coutumes de Gand, de Berghes-Saint-Winock, de Courtrai & plusieurs autres de la même province, donnent aux

(*) Voyez l'article DOUAI, tome 20, page 531.

deux tiers en queſtion le titre de Légitime : c'eſt donc par ces loix qu'il faut déterminer le ſens de ce mot ainſi employé ; & puiſque loin de le confondre avec la Légitime de droit, elles l'en diſtinguent au contraire très - nettement, il y auroit de l'abſurdité à vouloir que la coutume de Caſſel lui eût attribué une ſignification différente en l'appliquant au même objet.

On peut donc aſſurer que l'arrêt du 3 août 1762 avoit très-bien jugé en rejetant par rapport à cette coutume l'opinion de ceux qui veulent prendre les réſerves pour règle de la légitime de droit.

Mais en voici un autre qui a adopté formellement cette même opinion. La ducheſſe de Châtillon a laiſſé pour ſes héritiers préſomptifs trois petits-enfans, le marquis de Teſſé, le chevalier de Teſſé & la dame de Chavagnac. Elle a fait un teſtament par lequel elle a inſtitué pour légataire univerſel le chevalier de Teſſé, qui a renoncé à la ſucceſſion de ſon aïeule, & a obtenu délivrance de ſon legs. Les biens étoient ſitués à Paris, à Chartres & en Normandie ; le marquis & le chevalier de Teſſé avoient dans les deux premières coutumes l'option de leur Légitime ou des réſerves ; ils optèrent leur Légitime, & elle leur fut accordée. Mais à l'égard des biens de Normandie dont la dame de Chavagnac étoit excluſe, comme mariée, il s'elèva entre le marquis & le chevalier de Teſſé un procès ſur la queſtion de ſavoir ſi le marquis les auroit en entier à titre de réſerves coutumières, tenant lieu de la Légitime de droit, ou ſi n'y prenant en qualité de légitimaire qu'une Légitime de droit, il ſeroit obligé d'imputer dans les autres coutumes l'excédent des réſerves ſur

cette portion. La conteſtation portée au châtelet, il intervint une ſentence qui adopta ce dernier parti. Sur l'appel, la marquiſe de Teſſé, reprenant l'inſtance au nom de ſes enfans mineurs, ſoutenoit que les biens de Normandie devoient leur appartenir en totalité & ſans imputation ſur la Légitime due par les coutumes de Paris & de Chartres : elle convenoit que l'imputation auroit été indiſpenſable, ſi la coutume de Normandie avoit admis une Légitime moindre que les réſerves; mais elle ſoutenoit que ces deux droits étoient parfaitement identiques dans cette province, & c'étoit la ſeule queſtion à juger. Par arrêt du 3 ſeptembre 1744, rendu ſur les concluſions de M. l'avocat-général Joly de Fleury, la ſentence a été infirmée, & il a été ordonné que tous les immeubles ſitués en Normandie appartiendroient à la marquiſe de Teſſé, ſans imputation relativement aux autres coutumes.

Boullenois applaudit à cette déciſion; mais à en juger par les détails qu'il nous donne des moyens reſpectifs des parties, il y a tout lieu de croire qu'elle ne doit être attribuée qu'à la foibleſſe de la défenſe du chevalier de Teſſé : en effet, n'eſt-ce pas une erreur démentie par les loix Normandes elles-mêmes, de prétendre qu'elles n'admettent pas de Légitime proprement dite, & diſtinguée des réſerves? Nous l'avons déjà dit, ce qui caractériſe principalement cette portion, c'eſt : 1°. qu'elle eſt deſtinée pour les alimens du légitimaire : 2°. qu'elle ne peut être priſe ſans abdication préalable du titre d'héritier : or, ces deux choſes ſe rencontrent dans le tiers que l'article 399 de la coutume de Normandie adjuge aux enfans; il faut donc le re-

garder comme une vraie Légitime, & c'eſt ſous ce point de vue que l'ont enviſagé tous les commentateurs. Voici entre autres comme s'exprime Baſnage ſur l'article cité : » Le nombre des pères » mauvais ménagers étant fort grand, la demande » du tiers coutumier eſt auſſi le ſujet le plus ordi- » naire des procès ; & quoique la coutume ait » défini fort exactement que la *Légitime* des en- » fans conſiſte au tiers des biens que le père poſ- » ſédoit au temps des épouſailles, &c. « Un peu plus bas le même auteur dit : » Il faut remarquer » qu'en Normandie, ce que nous appelons *Légi-* » *time* eſt le tiers coutumier, parce que nous » n'avons point d'autre Légitime «. Baſnage ne confondoit donc pas la réſerve avec la Légitime proprement dite, & certainement Baſnage connoiſſoit bien l'eſprit de ſa coutume.

Nous avons rapporté ci-devant, ſection première, un arrêt du 22 juillet 1698, qui vient à l'appui de ces réflexions : il ordonne que des biens *ſitués dans les coutumes d'Amiens, Boullonnois & NORMANDIE, il en ſera donné audit Danvillers ſa PORTION LÉGITIMAIRE, ſuivant leſdites coutumes.*

SECTION TROISIÈME.

Quelles ſont les perſonnes qui ont droit de Légitime ?

Pour comprendre dans cette queſtion toutes les perſonnes à qui le droit Romain & notre juriſprudence accordent le droit de demander une Légitime, nous la traiterons relativement aux enfans, aux aſcendans, aux collatéraux, aux

patrons, & enfin aux créanciers des différens légitimaires.

Mais avant d'entrer en matière, il faut examiner le rapport qu'il y a entre la successibilité & le droit de Légitime. Cette discussion sera d'un grand secours pour tout cet article, & elle ne peut être mieux placée qu'ici.

M. Grivel, décision 88, s'explique là-dessus de la manière la plus précise : on peut bien, dit-il, argumenter négativement de la successibilité à la Légitime, mais jamais affirmativement. C'est raisonner conséquemment que de dire : un tel ne peut point succéder *ab intestat* ; donc il ne lui est point dû de Légitime ; mais ce seroit raisonner très-mal que de le faire ainsi : un tel est appelé à la succession *ab intestat* ; donc il faut lui laisser une Légitime (*).

Le second membre de cette proposition n'a aucun contradicteur : tout le monde reconnoît qu'il ne suffit pas d'être capable de succéder, pour avoir le droit de Légitime ; mais le premier n'est pas sans difficulté : quelques-uns prétendent que l'exclusion générale de la succession *ab intestat* ne doit point porter sur la Légitime, & que

---

(*) *Argumentum de successione ad Legitimam procedit quidem negativè, ut si dicamus : non est successibilis ab intestato, ergò non debetur ei Legitima. Sed non rectè procedit affirmativè. Non enim sequitur, est successurus ab intestato, ergò ex testamento relinquenda est ei Legitima, ne per querelam testamentum rumpat. Certissimi quippè juris est, nemini eorum qui ab intestato sunt successibiles, Legitimam deberi, aut querelam inofficiosi concedi, præterquàm descendentibus, ascendentibus, & fratri turpi personâ institutâ.*

tel

tel peut être incapable de ſuccéder, ſans en avoir moins de droit à la portion légitimaire.

Mais cette opinion n'eſt fondée que ſur une mépriſe, ſur la confuſion des principes particuliers à quelques eſpèces avec les principes généraux de la matière.

Il eſt à la vérité certains cas où l'on peut être légitimaire, quoique l'on ne puiſſe pas ſuccéder; mais c'eſt parce qu'alors le défaut de ſucceſſibilité vient plutôt du fait de l'homme que de la loi, ou que la loi en l'établiſſant a réſervé expreſſément le droit de Légitime. Ainſi rien d'étonnant ſi dans quelques-unes de nos coutumes la renonciation contractuelle ou l'excluſion coutumière des filles dotées & apanées n'emporte pas la privation de la portion légitimaire; l'incapacité de ſuccéder qui en réſulte eſt moins prononcée qu'autoriſée par la loi; c'eſt dans une convention expreſſe ou préſumée qu'il en faut chercher la cauſe, & il paroît aſſez naturel de donner aux contrats une interprétation qui conſerve à un enfant la part que la nature, la loi & la coutume lui aſſurent dans les biens de ſes père & mère. Il eſt encore moins ſurprenant que le droit Romain en excluant les enfans d'un condamné à mort, de ſa ſucceſſion *ab inteſtat* & même teſtamentaire, leur accorde cependant la Légitime : cette réſerve eſt une des conditions que la loi attache à l'excluſion qu'elle prononce, & l'on ſent que l'on ne pourroit pas diviſer ſa diſpoſition ſans la détruire.

Mais dans la thèſe générale, c'eſt une vérité conſtante, que l'incapacité de ſuccéder emporte celle de demander une Légitime. En vain objec-

teroit on qu'il ne faut point prendre la qualité d'héritier pour exercer celle de légitimaire, & que la Légitime n'eſt pas une quote de l'hérédité, mais une portion des biens. Tout ce qui réſulte de là, c'eſt que quand la Légitime eſt échue, c'eſt-à-dire à la mort du défunt qui la doit, elle ſe détache de l'hérédité, en ſorte qu'elle lui devient totalement étrangère, & qu'il s'élève entre l'une & l'autre un mur de ſéparation qui en rend la coexiſtence impoſſible ſur la même tête. Mais il ne faut pas croire pour cela que ſi un enfant avoit encouru l'incapacité de ſuccéder avant que la Légitime ne fût échue, il ſeroit encore en droit de la demander à ſon échéance; non, encore une fois, la Légitime n'eſt qu'une portion de ce que l'on auroit eu *ab inteſtat*, une dette à prendre ſur la ſucceſſion, un droit à exercer ſur des biens auxquels on eſt appelé par la loi: or quand on n'a rien *ab inteſtat*, on ne peut point demander de portion, car la partie ſuppoſe un tout; quand il n'y a point de ſucceſſion, on ne peut pas en tirer le payement d'une dette; quand la loi refuſe ſa vocation, on ne peut pas dire que l'on ait droit aux biens; &, par une conſéquence néceſſaire, il n'y a point de Légitime pour celui qui eſt incapable de ſuccéder.

D'après cela, rien de plus aiſé que de déterminer quelles ſont dans l'ordre des perſonnes à qui il eſt généralement dû une Légitime, celles qui doivent profiter de ce bénéfice de la loi, & celles qui doivent en être privées.

§. I. *Examen de la question par rapport aux enfans.*

Les enfans tiennent sans contredit le premier rang dans l'ordre des légitimaires. Nous avons établi dans la première section qu'ils ont par-tout le droit de Légitime, même dans les coutumes qui ne le leur déferent pas expressément.

On entend à cet égard par *enfans*, non-seulement les posthumes, mais encore les petits-enfans. Ainsi les premiers ont droit de Légitime sur les biens de leur père, quoiqu'il soit décédé avant leur naissance (*); & les seconds, sur ceux de leur aïeul, lorsque leur père est mort avant lui (**).

Il y a cependant certaines coutumes où les petits-enfans n'ont point de Légitime à prétendre lorsqu'ils concourent avec des enfans du premier degré; ce sont celles qui excluent la représentation en ligne directe; comme Boulionnois, article 75; Ponthieu, article 8; gouvernance de Douai, chapitre 2, article 15, &c. La Légitime dépend, comme on vient de le voir, de la successibilité: or, dans ces coutumes, les petits-enfans ne suc-

---

(*) Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si ex utero fuerit mortis eorum tempore . . . . simili modo & eum qui post testamentum matris factum, exsecto ventre, extractus est, posse queri dico. *L.* 6, *pr. & parag.* 1, D. *de inofficioso testamento.*

(**) Neptem defuncti actione de inofficioso testamento, quamvis pater ejus emancipatus fuerit defunctus, experiri posse ignorare non debes. *L.* 7, C. *eod. tit.*

cèdent point *ab inteſtat*, quand ils ont des oncles ou des tantes vivans : ils ne peuvent donc pas non plus exercer le droit dont il s'agit. Voyez l'article *Inſtitution contractuelle*, tome 32, page 85.

C'eſt par le même principe que doivent ſe décider les queſtions de ſavoir s'il eſt dû une Légitime aux enfans naturels, aux enfans abſens lors du décès de leur père, & aux enfans des ſerfs ou main-mortables.

Dans la thèſe générale, les enfans naturels ne ſuccèdent point *ab inteſtat*, ainſi ils n'ont pas de Légitime à prétendre.

Mais cette règle n'admet-elle pas une exception dans le cas du chapitre 12 de la novelle 89 ? Non. Cette loi donne, à la vérité, aux bâtards deux onces de la ſucceſſion de leur père, lorſque celui-ci décède *inteſtat*, & ne laiſſe ni femme, ni enfans légitimes ; mais on ne peut pas conclure de là qu'ils aient dans cette circonſtance le droit de prendre une portion légitimaire ſur les deux onces, malgré les diſpoſitions que leur père auroit faites pour les en priver : & cela eſt inconteſtable non ſeulement dans nos mœurs, qui refuſent toute ſucceſſibilité aux bâtards, mais encore dans le droit Romain, parce que ſi dans ce droit ils ſont appelés à la ſucceſſion *ab inteſtat*, ſous les conditions dont on vient de parler, c'eſt par une exception aux vrais principes : auſſi la gloſe ſur la loi 1, C. *de naturalibus liberis*, remarque-t-elle que, quoiqu'en certains cas les enfans naturels ſoient capables de ſuccéder *ab inteſtat* & par teſtament, néanmoins ils ne peuvent jamais impugner les diſpoſitions de leur père, ni par conſéquent exiger de Légitime. C'eſt ce qui a été jugé formellement, ſuivant M. Grivel, » par arrêt

» (du parlement de Dôle) résolu le 18 décembre » 1602, en la cause de Claude Huot, suppliante, » contre Antoine Huot, défendeur : par lequel » arrêt ladite suppliante, fille naturelle du sieur » Huot, fut déclarée non recevable à l'once qu'elle » demandoit, lui adjugeant néanmoins, par forme » d'alimens, certaine somme par an sur les biens » de l'hoirie sa vie durant. Le même fut encore » jugé le 3 décembre 1606, en la cause d'Adrienne- » Jacques de Quenoche, appelée, contre Françoise » & Anne Clamay de Vesoul, appelantes «.

Il n'en est pas tout-à-fait de même à l'égard de la mère : les loix Romaines donnent à ses enfans naturels le droit de lui succéder, comme s'ils étoient nés d'un mariage valable, & leur accordent même expressément la querelle d'inofficiosité en cas d'exhérédation injuste ou de prétérition (*) ; querelle qui n'appartient jamais qu'à ceux qui ont droit de Légitime. Si cependant la mère étoit une femme de qualité, & qu'elle eût d'autres enfans d'une conjonction licite, ses bâtards ne pourroient lui succéder ni par testament, ni *ab intestat*, & conséquemment il ne leur seroit point dû de Légitime. Cette exception a été établie par Justinien (**).

Le droit commun de la France est à cet égard bien différent des loix Romaines : nous n'admettons pas plus les bâtards à succéder à leur mère

(*) De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt. *L.* 29, *parag.* 1, D. *de inofficioso testamento.*

(**) Sancimus itaque ut neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habitâ, justis liberis extantibus, aliquid penitùs ab illustribus matribus ad spurios perveniat. *L.* 5, C. *ad senatusconsultum Orphitianum.*

qu'à leur père ; & le ſeul droit que nous leur accordons dans l'hérédité de l'un ou de l'autre, eſt de demander de ſimples alimens.

Il y a cependant pluſieurs de nos coutumes qui, ſe rapprochant du droit Romain, les déclarent habiles à ſuccéder à leur mère. Telles ſont en Hainaut, Valenciennes, article 15, & Leſſines, titre 9, article 2; en Artois, Han, article 6; dans la châtellenie de Lille, Waterlos, titre *des ſucceſſions*, article 28; dans la Flandre Flamande, Gand, rubrique 26, article 11; Bourbourg, rubrique 10, article 13; Berghes-Saint-Winock, rubrique 19, article 28; Hondtschote, rubrique 16, article 5; Caſſel, article 308; Bailleul, rubrique 8, article 26, &c.

De là vient naturellement la queſtion de ſavoir ſi dans ces coutumes les bâtards ont le droit de demander une Légitime, quand la ſucceſſion *ab inteſtat* eſt épuiſée par les diſpoſitions de leur mère. » L'affirmative pourroit faire difficulté, dit » le Brun, conformément à ce qui a été dit ci- » deſſus pour le droit écrit, que quoique la no- » velle 89, chapitre 12, §. 4, appelle les bâtards » pour deux onces à la ſucceſſion de leur père » qui n'a laiſſé ni femmes, ni enfans légitimes, » néanmoins ils n'avoient point de Légitime, parce » qu'ils n'étoient pas appelés à la ſucceſſion par le » droit commun, mais par un droit exorbitant & » dans un cas particulier: car l'on peut dire de » même que le droit commun du royaume les » exclut de toute ſucceſſion, & la coutume de » Valencienes (ainſi que les autres citées) étant » exorbitante en ce point, il ſemble qu'il y a lieu » de ſoutenir que les enfans naturels n'y ont point » de Légitime, d'autant plus que le droit de

» Légitime ne s'accorde pas si aisément dans nos » coutumes que dans le droit, les ascendans en » étant exclus. D'ailleurs, plusieurs sont appelés » à la succession, qui ne sont pas pour cela ap- » pelés à la Légitime, qui est chez nous un droit » plus borné, quant aux personnes «. Cette dernière réflexion est très-juste. Nous avons établi d'après M. Grivel, que l'on ne peut jamais argumenter *affirmativement* de la successibilité à la Légitime. Ainsi, quoique les bâtards dans les coutumes dont il s'agit soient habiles à recueillir l'hérédité de leur mère, il ne s'ensuit pas qu'ils soient fondés à attaquer ses dispositions, & à demander une Légitime dont elle a voulu les priver.

» Il faut dire cependant (c'est le Brun qui » parle), que les enfans naturels ont droit de Lé- » gitime dans ces coutumes sur les biens de leur » mère, parce qu'elles sont bien différentes du » droit civil, lequel n'appelle les enfans naturels » (à la succession de leur père) qu'en un cas » particulier, c'est-à-dire au cas qu'il n'y ait ni » femme, ni enfans légitimes; & par cette limi- » tation, il confirme la règle qui est, *que les enfans* » *naturels sont exclus de la succession, d'où il suit* » *qu'ils le sont aussi de la Légitime*; au lieu que » la coutume de Valenciennes dit expressément, » qu'*en succession maternelle n'y a nuls bâtards,* » *tellement que les bâtards naturels tant seulement* » *succèdent à leur mère, aussi-bien qu'autres en-* » *fans procréés en léal mariage* «. Ainsi, cette coutume (& il faut dire la même chose des autres citées, à l'exception de celle de Han, qui restreint la successibilité des bâtards au cas où il n'y a point d'enfans légitimes), » cette coutume fait un droit » commun de la succession des bâtards à l'égard

» des biens maternels, & elle n'attache pas ce » droit de succéder à certaines conditions & à » certaines espèces particulières, comme fait la » novelle 89 : d'où il suit, que les enfans naturels » y doivent avoir une Légitime sur les biens de » leur mère «.

Nous avons parlé à l'article Légitimation du droit qu'ont les bâtards légitimés, soit en pays de droit écrit, soit en pays coutumier, d'exiger une portion légitimaire sur les successions de leurs père & mère.

La question de savoir si l'on peut demander une Légitime du chef d'un enfant expatrié, tient à des principes sur lesquels les auteurs ne sont pas d'accord. Les uns prétendent que les ayans cause d'un absent doivent profiter de toutes les successions qui lui échoient pendant cent ans, parce qu'il est présumé vivre tout ce temps. C'est ce qu'enseigne Dunod en son traité des prescriptions, & c'est ce qu'ont jugé les arrêts de Tillemont en 1629, & de Lenglet en 1672. Les autres prennent un tempérament ; ils font passer aux absens les successions qui s'ouvrent dans les sept, dix, quinze, vingt ou quarante années de leur absence, suivant les termes qui fixent les coutumes pour autoriser leurs héritiers apparens à se mettre provisionnellement en possession de leurs biens. C'est l'avis de le Brun, & il paroît avoir été adopté par deux arrêts rapportés par Louis, sur l'article 287 de la coutume du Maine. Enfin il y a une troisième opinion adoptée par la coutume de Bruges, titre 12, article 2, & qui n'a presque plus aujourd'hui de contradicteurs ; c'est que l'absent est toujours censé mort lorsqu'il s'agit de lui faire recueillir une succession qui seroit ouverte à son

profit, s'il paroiſſoit : de Méan nous a conſervé pluſieurs jugemens du conſeil de Liége qui l'ont ainſi jugé, & il y en a auſſi un arrêt du 11 août 1719. Quand il s'agit d'acquérir, dit le rédacteur du journal des audiences en le rapportant, » il » faut ſe préſenter & ſe montrer, ſoit par ſoi, ſoit » par procureur, en vertu d'une procuration qui » atteſte l'exiſtence ; ſinon, ceux qui ſont préſens » recueillent, ſauf, au cas que l'abſent ſe repré- » ſente, à lui accorder reſtitution, telle que de » droit «. Ainſi la préſomption qui fait vivre un abſent pendant un temps limité, quoiqu'aſſez forte pour conſerver ſes droits, eſt trop foible pour lui en faire acquérir de nouveaux. On ne peut mieux adapter qu'à cette hypothèſe la diſtinction des docteurs entre le cas où il s'agit de perdre & celui où il eſt queſtion de gagner. Il eſt plus facile de conſerver que d'acquérir ; au premier cas, il ſuffit à ceux qui repréſentent l'abſent de ſe défendre en ſon nom ; il faut demander au ſecond, & les moyens doivent être plus forts. Une ſimple préſomption juſtifie un défendeur, juſqu'à ce qu'il y ait preuve contre lui ; mais un demandeur doit prouver le point qui ſert de fondement à ſes prétentions.

D'après cela, il faut dire ſans difficulté que l'on ne peut point demander de Légitime du chef d'un enfant expatrié, à moins que l'on ne juſtifie que lors du décès du père ou de la mère il étoit encore vivant. Et c'eſt préciſément ce qu'a jugé un arrêt rapporté au quatrième volume du journal du palais de Toulouſe, page 447.

Eſt-il dû une Légitime aux enfans des ſerfs & main-mortables dans les cas où ils ne ſuccèdent point, c'eſt-à-dire, ſuivant la plupart des coutu-

mes où il eſt parlé de la ſervitude perſonnelle, lorſqu'ils ne ſont point en communion avec leur père ou mère au moment de ſon décès? L'affirmative eſt ſoutenue par Papon ſur l'article 207 de la coutume de Bourbonnois, & par M. de Chaſſeneuz ſur celle de Bourgogne, titre des main-mortes, §. 13, gloſe 1; ils ſe fondent ſur ce qu'on n'eſt pas exclu de la Légitime, par cela ſeul que l'on eſt incapable de ſuccéder : mais nous avons déjà réfuté cette raiſon, & d'ailleurs elle pourroit également s'appliquer aux bâtards, aux abſens, aux petits-enfans deſtitués du ſecours de la repréſentation; cependant on vient de voir qu'ils ne prennent point de Légitime, parce qu'ils ſont exclus du droit de ſuccéder : pourquoi donc ne diroit-on pas la même choſe des ſerfs & main-mortables? Auſſi liſons-nous dans les obſervations de Boguet ſur la coutume de Franche-Comté, que le parlement de cette province a ſouvent rejeté les demandes en diſtraction de Légitime, formées contre des ſeigneurs par des enfans hors de communion.

Ce tribunal a encore jugé la même choſe dans une eſpèce plus douteuſe. Il s'agiſſoit de ſavoir ſi un père ayant laiſſé deux enfans, l'un en communion, l'autre hors, celui-ci pouvoit demander une Légitime à celui-là. On diſoit pour l'affirmative, que l'incapacité de l'enfant non communier n'avoit été introduite qu'en faveur du ſeigneur, que par conſéquent elle ne pouvoit point opérer une excluſion de Légitime dans un cas où le ſeigneur n'avoit rien à prétendre à la ſucceſſion. Mais ce raiſonnement prouvoit trop, puiſqu'il en auroit réſulté que les deux enfans auroient eu un droit égal à l'hérédité; ce qui ne pouvoit pas

s'accorder avec les dispositions de la coutume qui excluoit absolument l'enfant hors de communion ; c'est pourquoi il a été jugé qu'il n'étoit point dû de Légitime même par le frère communier ; & cela, dit M. Grivel, » par arrêt du » 29 décembre 1604, en une cause d'appel des » Perrey, provenant du siége de Baulme : & fut » trouvé que jà autrefois l'on avoit ainsi jugé » en cas pareil. Et ainsi encore fut jugé le 5 » de janvier 1605, en la cause de Jacques & » Françoise Bardel, appelés & originels supplians » en supplément de Légitime, contre Léonard » Bardel de Cendrey, appelant & originel dé- » fendeur «.

L'incapacité des religieux profès de recueillir aucune succession, emporte nécessairement celle de prendre une Légitime sur les biens de leurs pères, mères ou autres parens. Cette vérité n'a jamais souffert la moindre contestation ; mais on a demandé si l'on devoit y comprendre les chevaliers de Malthe : un arrêt du sénat de Chambéry du mois d'avril 1593, a jugé pour l'affirmative. M. le président Favre qui le rapporte, remarque que ces religieux sont traités plus favorablement en France, où, dit-il, en citant Papon, ils succèdent avec leurs frères & sœurs dans l'usufruit de leurs portions héréditaires : tel étoit en effet l'ancien usage du royaume ; mais depuis l'arrêt prononcé en robes rouges, au mois de décembre 1573, suivi d'un autre du 11 janvier 1629, rapporté au journal des audiences, ils sont restreints parmi nous au droit de demander des pensions modiques, qu'on leur paye jusqu'à ce qu'ils aient des commanderies. Ainsi nous devons adopter sans difficulté la décision du sénat de Chambéry.

Il y a cependant un cas où l'on ne peut refuser aux chevaliers de Malthe une espèce de Légitime; c'est lorsqu'ils sont faits prisonniers par les Turcs. Comme ils ne sont jamais rachetés par leur ordre, il est juste d'obliger leurs frères & sœurs à sacrifier pour leur rançon la part dont ils n'auroient pu être privés, s'ils n'avoient pas quitté la vie séculière : c'est un engagement que leur famille est censé contracter au temps de leur profession. Voici ce qu'en dit Brodeau sur M. Louet, lettre C, n. 8. » Au cas de captivité, les chevaliers » de Malthe n'étant jamais rachetés aux dépens » de l'ordre, ont en faveur de la liberté le droit » de Légitime sur les biens des successions de » leurs père & mère, quand bien ils auroient fait » les vœux avant leur décès; comme il a été jugé » par l'arrêt du chevalier de Vinceguerre «. C'est ce qu'a aussi décidé un arrêt du parlement de Provence du 30 mai 1661, rapporté par Boniface, tome 1, livre 2, titre 31, chapitre 17.

On a vu à l'article HÉRITIER, que les religieux de la Franche-Comté succèdent dans cette province à la propriété des meubles & à l'usufruit des immeubles. Ainsi la raison qui empêche généralement un enfant lié au cloître de prendre une Légitime dans la succession de son père, n'a point lieu en ce pays; & nous trouvons dans les notes de Boguet sur l'article 17 du titre 1 de sa coutume, un arrêt du parlement de Dole, du 25 février 1573, qui l'a ainsi jugé, *secundùm quod accepi Legitimam in bonis feudalibus fœminæ religionem professæ à senatu adjudicatam die 25 februarii anni 1573.*

Nous ne nous attacherons pas à prouver que les enfans étrangers du royaume ou morts civile-

ment par une condamnation judiciaire, ne peuvent pas demander de Légitime. Ces vérités n'ont pas besoin de preuves, & il suffit de dire qu'en général tout enfant qui ne peut pas être héritier par quelque défaut personnel ou extrinsèque, ne peut pas non plus être légitimaire.

Nous retracerons dans une section particulière les causes pour lesquelles un enfant capable de succéder peut néanmoins être privé de sa Légitime.

§. II. *Des ascendans considérés par rapport au droit de demander une Légitime.*

Lorsqu'un défunt ne laisse point de descendans capables de lui succéder, ce sont régulièrement ses père, mère, aïeul, aïeule, ou autres ascendans, qui recueillent sa succession; & comme ils avoient naturellement pendant sa vie le droit de lui demander des alimens, les loix civiles leur accordent aussi une Légitime sur ses biens (*).

Cette Légitime est pareillement reconnue par trois de nos coutumes, savoir, Bordeaux, Acs & Bueil. La première porte, article 57 : » Si » celui qui décède a père ou mère ou autres

(*) Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo retinuit. Emancipatus, suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre præterito vitâ decessit. In quæstione de inofficiosi testamenti præcedenti causâ filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quòd si contrà filios judicetur, pater ad querelam vocatur & suam intentionem implere potest. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minùs parentibus quàm liberis piè relinqui debet. *L.* 14 & *l.* 15, D. *de inofficioso testamento.*

» ascendans, iceux père ou mère ou autres ascen-
» dans succéderont au tiers (les trois faisant le
» tout) desdits biens venus par succession pour
» leur Légitime «.... L'article 64 ajoute : » Le père
» & la mère & autres ascendans auront même
» Légitime, & telle quotité pour icelle, quand
» le fils fera testament (ès cas où il le pourra
» faire), comme si le fils mouroit sans en faire;
» & s'il lui en laissoit moins, pourra demander
» le supplément d'icelle «.

La coutume d'Acs, titre 2, article 25, dit, que » ou l'ascendant mâle ou autre que le père
» exclut la mère, s'entend réservé la Légitime,
» laquelle est due à la mère ès biens acquis par
» son fils, ou en héritage, ou en argent, au choix
» du succédant «.

L'article 1 du chapitre 6 de la coutume de Bueil n'est pas moins formel : » Ayant la loi de
» nature ordonné la Légitime aux enfans naturels
» & légitimes, *& aux ascendans d'iceux*, lorsqu'il
» advient que respectivement l'un succède à l'au-
» tre, nous, à l'affectueuse instance, requête &
» prière de nos sujets, *avons ordonné que ledit*
» *droit de Légitime & supplément d'icelle soit dû*
» *& adjugé auxdits* descendans & *ascendans* «.

Cette jurisprudence est reçue dans tous les pays de droit écrit; elle y est même tellement enracinée, que quoique la coutume de Toulouse exclue la mère de la succession *ab intestat* de son fils, on ne laisse pas de lui adjuger une Légitime sur les biens de celui-ci : c'est du moins ce qu'ont fait plusieurs arrêts du parlement de Toulouse; la Rocheflavin en rapporte cinq des 14 août 1564, 18 avril 1565, 21 août 1574, 14 mars 1575, 15 septembre 1584, & il y en a un

ſixième du mois de janvier 1655, rapporté par M. de Catelan : les termes de cet auteur ſont précieux ; nous allons les tranſcrire, parce qu'ils répondent à l'argument que l'on pourroit tirer de ces arrêts pour prétendre que l'incapacité de ſuccéder n'exclut pas de la Légitime.

» La mère, quelque favorable qu'elle paroiſſe » dans la ſucceſſion de ſon fils mort *ab inteſtat*, » en eſt néanmoins excluſe par la coutume de » Toulouſe, & les biens appartiennent au plus » proche parent (du côté du père). Notre parle- » ment a reſtreint, autant qu'il a cru le pouvoir, » la rigueur de ce ſtatut. . . . . Nos arrêts ont » toujours (*) accordé une Légitime à la mère, » même ſur les biens auxquels, ſuivant cette » coutume, elle ne peut pas ſuccéder *ab inteſtat*, » quoique la Légitime étant une portion de ce » qu'on auroit *ab inteſtat*, ceux qui ne prennent » point de part en cette ſucceſſion, ſemblent » devoir être exclus de la Légitime. On a cru » qu'il étoit juſte de modérer, autant qu'il ſe » peut, & nonobſtant les incongruités qu'il pa- » roît y avoir, un droit auſſi rigoureux, & ſans » s'arrêter trop ſcrupuleuſement en cette occaſion » aux termes du ſtatut, conſerver du moins une » Légitime à cette mère, aſſez affligée par la perte » de ſon fils & de ſa ſucceſſion . . . . C'eſt ainſi » que cette queſtion fut décidée entre Anzemare, » mère, & Rangouze, oncle du défunt, par

(*) Le mot *toujours* eſt ici mal employé. Benedicti, ſur le chapitre *Raynutius*, nous aſſure que de ſon temps on jugeoit le contraire ; & il en rapporte un arrêt du 26 avril 1405. M. Maynard dit en avoir vu un ſemblable de l'an 1548.

» arrêt du mois de janvier 1655, en la pre-
» mière chambre des enquêtes, au rapport de
» M. de la Font, conforme à d'autres rapportés
» par M. la Rocheflavin . . . «.

Il ne faut ſans doute rien moins que l'autorité d'un parlement pour ſoutenir une pareille juriſprudence. Cependant quelque irrégulière qu'elle ſoit, elle pourroit paroître aſſez plauſible dans le cas où les enfans, au lieu de mourir *inteſtat*, ou de diſpoſer en faveur des héritiers que la loi leur donne, auroient appelé des étrangers à leur ſucceſſion. C'eſt ce qui a été jugé formellement par arrêt du conſeil ſouverain de Brabant du mois d'octobre 1653, inſéré dans le recueil de M. Stockmans; voici comme s'explique ce magiſtrat; nous ne faiſons que traduire ſes paroles.

Les coutumes de Bruxelles, de Louvain & de quelques autres villes, ont mis en principe que les pères & mères ne ſuccéderoient pas à leurs enfans, tant qu'il reſteroit à ceux-ci des frères & des ſœurs. Ces diſpoſitions n'ont certainement point eu d'autre objet que de régler l'ordre de ſuccéder *ab inteſtat*, & elles n'ont été introduites qu'en faveur des frères & des ſœurs du défunt.... Il s'eſt élevé à ce ſujet une queſtion intéreſſante. Une fille qui avoit des biens dans le territoire de Louvain & dans celui de Bruxelles, avoit fait un teſtament par lequel ſa ſœur étoit paſſée ſous ſilence, ſa mère gratifiée d'un legs très-modique, & un étranger appelé à l'hérédité. La mère ſe pourvut en juſtice pour demander un ſupplément de Légitime. L'héritier inſtitué lui oppoſoit que la défunte avoit laiſſé une ſœur; qu'ainſi, aux termes des coutumes de la ſituation

des

des biens, la mère ne pouvoit pas lui succéder *ab intestat*, ni par conséquent faire réduire ses dispositions testamentaires pour prendre une Légitime . . . . mais nonobstant ces raisons, nous avons adjugé à la demanderesse le supplément qu'elle reclamoit. A la vérité les coutumes qui excluent la mère de la succession de ses enfans, lorsque ceux-ci laissent des frères & des sœurs, l'excluent aussi de la Légitime, quand les enfans meurent *intestats*, & que les frères & sœurs se portent héritiers, parce que c'est pour procurer à ces derniers une préférence réelle & absolue que l'exclusion dont il s'agit a été introduite. Il faut dire la même chose si le défunt a testé sans déroger à l'ordre légal de succéder. Mais il en est tout autrement lorsqu'il a passé ses frères & sœurs sous silence, & disposé au profit d'un étranger : car, comme le dit fort bien Decius en son conseil 295, un tel statut contient deux chefs; par le premier, il exclut la mère; par le second, il admet les frères & les sœurs; ces deux chefs sont corrélatifs, & l'un ne peut être exécuté sans l'autre. Ainsi quand les frères & les sœurs sont privés de la succession, la mère doit y être admise, parce qu'elle n'étoit excluse qu'en leur faveur, & que le motif de l'exclusion venant à cesser, il faut recourir au droit commun, dont les dispositions ne peuvent avoir reçu d'atteinte par la coutume, si ce n'est pour le cas précis dont elle parle, toute dérogation aux règles générales étant de droit étroit. . . .

Sous quelque aspect que l'on considère l'arrêt que ces raisons ont motivé, on peut au moins en inférer avec certitude que le Brabant a admis en général la Légitime des ascendans; & comme

les peuples de ces provinces n'en ont ainsi usé que parce qu'ils sont sujets au droit écrit dans le silence de leurs statuts municipaux, il est évident que la même jurisprudence doit avoir lieu dans toutes les coutumes qui renvoyent pareillement aux loix Romaines la décision des cas qu'elles n'ont point prévus.

C'est par cette raison que la Légitime des ascendans est communément reçue dans les Pays-Bas. Ecoutons Deghewiet en ses institutions au droit Belgique : » Quelques-uns ont douté si selon » nos mœurs la Légitime est due aux ascendans » comme aux descendans. L'opinion commune est » pour l'affirmative, à laquelle est conforme la » coutume d'Audenarde, rubrique 8, article 1 » & ce qui est rapporté par M. du Fief en ses *re-* » *marques de pratique, remarque* 16, où il dit » qu'il en a été ainsi jugé par les mayeur & éche- » vins de Tournay dans un cas où le fils avoit ab- » solument prétérit son père «.

Cette décision ne paroît pas avoir été connue de le Brun, cependant il l'adopte expressément; voici comme il s'explique : » La coutume de » Tournai, au titre des successions, article . . » donne au père toute la succession du fils, à » l'exclusion de tous les collatéraux ; & comme » cette coutume approche extrêmement du droit » Romain, en ce qu'elle permet de disposer de » tout son bien par testament, & que d'ailleurs » elle constitue le père héritier universel, toutes » les raisons de différence & tous les inconvéniens » (qui font rejeter la Légitime dans la plus grande » partie de la France coutumière) n'auroient » point lieu; ainsi il semble qu'il seroit assez » juste de donner une Légitime au père dans cette » coutume «.

Il faut, comme le décide encore cet auteur, dire la même chose par rapport à la coutume de Bourbonnois : elle veut, article 314, que *les ascendans succèdent à leurs enfans ès biens-meubles & aux conquêts faits par leursdits enfans décédés, avec leurs autres frères ou sœurs germains, ou leurs enfans par egale portion.* « Ainsi, » dit le Brun, cette coutume se conforme au » droit écrit ; & c'est sur ce fondement & parce » qu'il y a bien d'autres rapports de cette coutume » au droit, dont il y a même quelques vestiges » dans le procès-verbal, que plusieurs estiment » que la Légitime des ascendans a lieu dans cette » coutume «.

C'est aussi ce qui a été jugé pour la coutume de Vermandois par arrêt du 2 février 1586, infirmatif d'une sentence du bailliage de Laon du 19 août 1581. Par cet arrêt, dit Brodeau, » la cour adjugea la Légitime au père, encore » que la disposition testamentaire du fils fût en » faveur des pauvres ; la question demandée aux » chambres . . . . . on a soutenu qu'il y avoit » une particularité grande, en ce que le fils avoit » déshérité son père, *cum elogio*, en ces termes : » *& d'autant que mon père ne m'a jamais voulu* » *rendre compte, je donne tous mes biens à l'hôtel-* » *dieu.* Et néanmoins ayant été curieux de voir » ce testament, qui est du 12 juin 1575, je » n'y ai point trouvé cette clause, & il semble » que l'arrêt soit fondé sur l'usage de cette cou- » tume, qui fait souvent mention de la raison » écrite, à laquelle elle se conforme, même en » ce qui concerne la querelle d'inofficiosité & la » Légitime des enfans. Et de fait, messire Pierre » de Fontaines, originaire de Vermandois, en

» son livre manuscrit à la reine Blanche, au chapitre dernier du premier livre, où il traite *ex professo* des usages & coutumes de Vermandois, » après avoir parlé de la soutenance ou Légitime » des enfans, dit que par l'usage de sa province le » père & la mère ont le même droit, quand il n'y » a point d'enfans «.

Cette question s'étant pareillement élevée dans la coutume d'Orléans, M. l'avocat-général Servin conclut pour adjuger la Légitime à une mère sur les meubles & acquêts de sa fille; mais » la cour » pour la conséquence ne voulut point juger la » cause sur le champ, & ordonna le 15 juillet » 1608, qu'elle verroit les arrêts & qu'elle en dé- » libéreroit «. Brodeau qui rapporte cette particularité, ne nous apprend pas comment la cause a été jugée; mais il y a tout lieu de croire qu'elle l'a été en faveur de la mère. En effet, ce n'étoit point sur les arrêts intervenus dans les autres coutumes qu'il falloit régler la décision de cette affaire, c'étoit sur la coutume d'Orléans elle-même. L'article 277 de cette loi porte, que si une *donation est immense ou excessive, les enfans & autres descendans en droite ligne des donateurs la peuvent quereller & faire réduire à la Légitime telle que dessus; & les héritiers collatéraux, en cas qu'il n'y ait enfans ou autres descendans en droite ligne desdits donateurs, la peuvent aussi quereller selon la disposition de droit.* Ce texte donne, comme on le voit, une Légitime aux enfans indéfiniment, & aux collatéraux, c'est-à-dire, aux frères & sœurs dans le cas marqué par le droit civil. Il n'est sans doute pas permis de croire que les rédacteurs aient eu l'intention, en passant sous silence les père & mère, de les

rendre de pire condition que des collatéraux : une pareille ſuppoſition offenſeroit la nature & ſeroit d'ailleurs détruite par l'article 258 de la coutume qui appelle les père & mère à la ſucceſſion des meubles & acquêts , *plutôt que les frères & ſœurs de l'enfant trépaſſé.* Si donc l'article 277 ne parle pas des aſcendans, c'eſt parce qu'il a été rédigé ſuivant ce qui arrive le plus ordinairement, c'eſt-à-dire, dans l'hypothèſe du décès des père & mère avant leur enfant. On a ſuivi en cela une règle preſcrite par les loix 5 & 6, au digeſte , *de legibus* , dont voici les termes : *Ad ea potiùs debet aptari jus quæ & frequenter & facilè quàm quæ perrarò eveniunt. Quod enim ſemel aut interùm fit , prætermittunt legiſlatores.* L'ancienne coutume d'Orléans confirme cette interprétation ; voici ce qu'elle porte , article 217 : *Si la donation eſt immenſe & exceſſive , les enfans ou héritiers dudit donateur la peuvent quereller ſelon la diſpoſition de droit.* Le mot *héritiers* rapproché de ceux-ci , *ſelon la diſpoſition du droit* , déſigne certainement tous ceux à qui les loix Romaines accordent une Légitime , & par une conſéquence néceſſaire on ne peut douter que les aſcendans n'y ſoient compris. Or ſi ceux-ci étoient mis dans l'ancienne coutume au rang des légitimaires, pourquoi n'y ſeroient-ils plus dans la nouvelle ? On ne trouve rien dans ſes diſpoſitions qui puiſſe faire préſumer un changement de juriſprudence ſur cette matière , il faut donc laiſſer les choſes ſur l'ancien pied.

A l'égard des coutumes qui ne renferment rien dont on puiſſe conclure qu'elles doivent être ſuppléées par le droit Romain , c'étoit autrefois une queſtion fort controverſée de ſavoir ſi la Légitime

des aſcendans devoit y avoir lieu. Le parlement de Paris a ſemblé d'abord incliner pour l'affirmative; c'eſt du moins ce qu'annonce un arrêt du 7 décembre 1585, rendu en la cinquième chambre des enquêtes, par lequel on a adjugé la Légitime à Claude de Choiſy mère d'Hélene Heurré. Chopin ſur la coutume d'Anjou, livre 2, partie 3, chapitre 1, titre 4, n. 16, rapporte cet arrêt comme confirmatif d'une ſentence du bailli de Bray-ſur-Seine.

Mais bientôt la juriſprudence s'eſt pliée au ſentiment de ceux qui refuſoient la Légitime aux aſcendans. Le premier arrêt qui ait jugé de cette manière eſt celui du 3 octobre 1589, rendu pour la coutume de Chartres, après une enquête par Turbes. Le procès avoit d'abord été parti en la quatrième chambre des enquêtes, & enſuite départi en la cinquième : après de longues conteſtations, » la demandereſſe fut déboutée de la » Légitime par elle prétendue ſur les biens meu» bles & acquêts de ſa défunte fille, *multis con» tradicentibus* « ; ce ſont les termes de M. Louet. Brodeau ajoute : » Tout ce que l'on peut remar» quer de particulier à cet arrêt, eſt que cette » coutume, articles 88 & 91, parlant des dona» tions inofficieuſes, réſerve ſeulement la Légitime » due aux enfans par droit de nature, laquelle » expreſſion ſemble ouvertement exclure la Lé» gitime des aſcendans «. Cette raiſon eſt bien foible, & l'on diroit preſque inconſéquente : le ſilence d'un ſtatut particulier n'a jamais été un argument pour faire ceſſer les diſpoſitions juſtes & équitables du droit commun ; & ce n'eſt point lorſqu'il s'agit d'aller contre une loi dictée par la nature & fondée ſur la plus juſte commiſération,

que l'on peut ſe ſervir de la règle, *incluſio unius eſt excluſio alterius.* Quelque expreſſion que les rédacteurs d'une coutume aient faite d'un cas, & quelque ſilence qu'ils aient gardé ſur un autre, on doit toujours ſuppoſer qu'ils n'ont pas voulu déroger aux premiers devoirs de l'humanité, & que s'ils avoient eu des raiſons aſſez fortes pour le faire, il s'en ſeroient expliqués clairement. Si donc l'arrêt cité étoit le ſeul de ſon eſpèce, il faudroit l'y reſtreindre, & dans la coutume de Chartres comme dans les autres, la Légitime des aſcendans ne manqueroit pas de défenſeurs; mais elle a été rejetée en tant d'autres occaſions, qu'il ſeroit, non pas téméraire, mais inutile de vouloir encore en ſoutenir le parti.

Les arrêts rendus à ce ſujet méritent d'être connus. Celui que nous venons de rapporter eſt, comme nous l'avons dit, le plus ancien que l'on connoiſſe.

Le ſecond eſt du 28 avril 1606 : il a été donné en la chambre de l'édit pour la coutume de la Rochelle, & il a confirmé la ſentence du juge des lieux.

Le troiſième a été rendu le 18 juin 1611 en la cinquième des enquêtes, après que l'on eût pris l'avis de toutes les chambres, & examiné tous les arrêts intervenus précédemment ſur cette queſtion. Il s'agiſſoit d'une ſucceſſion ouverte dans la coutume de Paris. Les créanciers de Thomas Coignet, repréſentés par Machault, leur ſyndic, demandoient la détraction de ſa Légitime ſur les meubles & acquêts de François Coignet ſont petit-fils, légués à Catherine Boulanger : le châtelet avoit accueilli leur demande ; mais ſur l'appel la ſentence a été infirmée, Machault débouté de ſes

fins & conclusions, & sur l'intervention du curateur à la succession vacante de Thomas Coignet, les parties mises hors de cour. Il n'est cependant pas bien certain que notre question ait été jugée dans cette cause : » Ce qu'il y avoit de particulier » au procès, dit Brodeau, c'est que Thomas » Coignet n'avoit jamais fait demande de sa Lé» gitime, au contraire, il y avoit tacitement re» noncé par plusieurs actes, ce qui rendoit le cu» rateur non recevable, l'intervention duquel on » avoit mendiée en cause d'appel «.

Le quatrième arrêt, qui est du premier mars 1614, a infirmé une sentence arbitrale rendue par Anne Robert, qui avoit adjugé à Louise Deschamps la Légitime par elle prétendue sur les meubles & acquêts de sa fille, régis par la coutume du Maine. Brodeau écrivoit pour la mère. » La principale difficulté, dit-il, tomboit sur les » particularités de la coutume du Maine, laquelle » ne fait aucune mention de la Légitime des » descendans, non plus que des ascendans : & » néanmoins on n'a jamais révoqué en doute en » cette coutume que la Légitime ne fût due aux » enfans. La même coutume, article 352, défend » à celui qui n'a que des acquêts ou meubles, » sans aucun propre, d'en donner plus que la » moitié, l'autre étant réservée aux héritiers par » forme de Légitime : or on soutenoit que la suc» cession des enfans à l'égard de leurs père & » mère, ne consiste qu'en meubles & acquêts, » & que les propres n'y viennent en aucune con» sidération, & conséquemment qu'il n'étoit pas » au pouvoir des enfans d'en disposer plus avant » que de la moitié, l'autre étant destinée pour la » Légitime des père & mère «.

Le cinquième arrêt a été rendu le 16 février 1615, pour la coutume de Chauny, ſuivant Brodeau, & pour celle de Paris, ſuivant Vrevin, qui étoit mieux inſtruit du fait, ſon père ayant été partie au procès. La cauſe avoit été plaidée en première inſtance au châtelet; l'avocat du roi avoit conclu pour le père; mais la ſentence l'avoit débouté, & elle a été confirmée ſur les concluſions de M. l'avocat-général Servin.

Le ſixième eſt intervenu le 7 décembre 1643, & il a jugé, comme y avoit conclu M. Talon, qu'il n'étoit point dû de Légitime à la mère dans la coutume de Rheims, quoique voiſine de celle de Vermandois. Il eſt auſſi rapporté par Brodeau.

Soefve, tome 1, centurie 2, chapitre 33, en cite un ſeptième du 18 juillet 1647; & le journal des audiences nous en offre un huitième, qui paroît avoir encore été rendu pour la coutume de Paris. Il s'agiſſoit du teſtament de Claude Mabille, dont ſon père attaquoit les diſpoſitions comme inofficieuſes. Le châtelet en avoit ordonné l'exécution, & la ſentence a été confirmée en ce point par arrêt du 18 mai 1687, ſur les concluſions de M. l'avocat-général de Lamoignon.

Cette juriſprudence eſt, comme on le voit, trop bien affermie pour qu'il y ait lieu d'en eſpérer la réformation. Voyons cependant quels ſont les motifs ſur leſquels on la fonde: on en donne communément trois.

1°. La Légitime, dit-on, n'eſt due qu'à ceux qui ont droit de ſuccéder à titre univerſel, & les aſcendans ne ſuccèdent dans les pays coutumiers qu'à deux eſpèces particulières de biens, aux meubles & aux acquêts.

Cette raiſon mérite à peine une réfutation ſérieuſe : qui eſt-ce qui ignore que dans nos mœurs la ſucceſſion des meubles & acquêts forme un titre univerſel ?

2°. La Légitime des aſcendans n'eſt pas fondée ſur le droit naturel comme celle des enfans ; ceux-ci ſont ordinairement réduits à attendre leur ſubſiſtance de ceux-là ; mais il n'eſt pas dans l'ordre de la nature qu'un fils ſoit obligé de nourrir ſon père.

Cette raiſon n'eſt guère plus ſolide que la précédente. C'eſt la nature elle-même qui a établi l'obligation des enfans de pourvoir à la ſubſiſtance des auteurs de leurs jours : à la vérité cette obligation n'eſt pas dans la claſſe des choſes ordinaires, il faut au contraire, pour y donner lieu, qu'il s'opère un renverſement ; mais ce renverſement fait, l'obligation naît d'elle-même.

3°. Comme les aſcendans ne peuvent ſuccéder dans les pays coutumiers qu'aux meubles & acquêts de leurs enfans, s'ils pouvoient prendre une Légitime, ce ne feroit que ſur ces deux eſpèces de biens : or il y auroit en cela deux inconvéniens. D'abord ne feroit-ce pas une injuſtice d'ôter à un enfant la libre diſpoſition de ſes acquêts, c'eſt-à-dire du fruit de ſes travaux & de ſon induſtrie ? En ſecond lieu, obliger un fils de laiſſer une Légitime à ſon père, c'eſt lui interdire le commerce de la plus grande partie de ſes biens, puiſqu'il eſt déjà obligé, au moins dans pluſieurs coutumes, de laiſſer à ſes collatéraux les quatre quints de ſes propres. Le premier de ces inconvéniens, il eſt vrai, peut auſſi ſe rencontrer dans la Légitime des enfans d'un père qui ne poſsède que des meubles & acquêts ; mais le

ſecond ne peut guère y avoir lieu, car il eſt rare que les quatre quints des propres ne ſuffiſent pas pour remplir la Légitime.

Il n'eſt pas plus difficile de répondre à cette objection qu'aux autres. On ne gêne pas la liberté du commerce en interdiſant les diſpoſitions à titre gratuit & ſur-tout par teſtament. Or l'obligation que l'on imposeroit aux enfans de laiſſer une Légitime à leurs père & mère dans leurs meubles & acquêts, ne leur ôteroit pas la faculté de diſpoſer de la totalité de ces biens à titre onéreux, & même elle ne porteroit pas la moindre atteinte à la diſponibilité des propres par donation entre vifs. Ainſi tout l'inconvénient de cette obligation, c'eſt qu'un fils ne pourroit pas donner entre vifs tous ſes meubles & acquêts, & qu'au lit de la mort il ſe trouveroit réduit à ne pouvoir diſpoſer que de peu de choſe, parce que d'un côté la réſerve coutumière l'empêcheroit de toucher aux quatre quints de ſes propres, & que de l'autre la Légitime de ſon père affecteroit une partie de ſes meubles & acquêts. Eh! le grand mal, quand on ne pourroit pas ôter à des héritiers les biens que la nature & la loi leur défèrent!

Quoi qu'il en ſoit, il paroît que ce prétendu inconvénient eſt de toutes les raiſons que nous venons de paſſer en revue, celle qui frappe le plus nos auteurs; & le Brun convient, malgré les arrêts cités, qu'il faudroit donner une Légitime aux pères & mères dans les coutumes où il ne peut pas avoir lieu, c'eſt-à-dire où les pères & mères ſont les ſeuls héritiers *ab inteſtat* de leurs enfans, comme Lille, Tournai, Douai, &c.

On a dit ci-dessus que l'ancienne coutume de Normandie n'accordoit point de Légitime aux enfans : à plus forte raison donc devoit-elle la refuser aux ascendans ; & c'est ce qui s'observe encore aujourd'hui dans cette province. » Notre » coutume, dit Basnage, est fort différente (des » loix Romaines) ; bien loin que les pères & mères » aient une espèce de Légitime sur les biens de » leurs enfans, au contraire elle leur ôte entière- » ment leur succession pour la donner à leurs autres » enfans «.

Au reste, dans tous les endroits où la Légitime est due aux ascendans, il n'y a que les plus proches qui peuvent y prétendre ; ainsi les aïeuls ne sont pas fondés à la demander, quand les père & mère ou l'un d'eux survit : il en est de même des bisaïeuls, quand il se trouve des aïeuls, parce que dans l'ordre des ascendans il n'y a jamais de représentation.

Ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent au sujet des enfans bâtards, absens, serfs, morts civilement, &c. reçoit une application entière à leurs ascendans, en sorte que dans les cas où ceux-là ne peuvent point exiger de Légitime, ceux-ci en sont également incapables, quand même la jurisprudence ou la coutume du lieu accorderoit en général ce droit aux pères & mères.

§. III. *Des parens collatéraux considérés par rapport au droit de demander une Légitime.*

Au défaut de descendans, les frères & sœurs ont, suivant les loix Romaines, le droit d'exiger une Légitime concurremment avec les ascendans ; mais il leur faut pour cela deux circonstances ; la

première que le défunt ait institué une personne déshonnête ; la seconde, qu'ils soient nés du même père que lui. Nous allons développer tout ce qui se trouve sur cette matière dans le droit Romain ; nous examinerons ensuite quel usage on peut en faire dans nos mœurs.

Dans l'exacte rigueur des principes, un homme ne doit rien à ses frères & sœurs ; il ne leur a point donné l'existence, il ne l'a point reçue d'eux, ainsi aucun motif ne l'oblige à assurer leur subsistance, ni conséquemment à leur réserver une certaine portion de ses biens.

Cependant il importe à la société que personne ne fasse un mauvais usage de son patrimoine, & lorsqu'il se trouve un testateur assez aveugle pour en priver des frères & des sœurs, & le laisser à des gens indignes de ses bienfaits, on est naturellement porté à croire qu'une passion violente lui a ôté l'usage de la raison, & que son testament n'est point l'expression d'une volonté libre.

C'est par cette considération que l'ancien droit Romain accordoit aux frères & sœurs la querelle d'inofficiosité, dans tous les cas où sans leur laisser une portion légitimaire, le défunt leur avoit préféré des esclaves ou des étrangers de la ville dont il étoit bourgeois.

Ce point de droit n'est pas aussi connu qu'il devroit l'être ; en voici la preuve.

La loi 21, au code *de inofficioso testamento*, qui est des empereurs Dioclétien & Maximien, porte, que la querelle d'inofficiosité ne peut appartenir en ligne collatérale qu'aux frères & sœurs du défunt. Voici comme elle est conçue : *Fratris vel sororis filii, patrui vel avunculi, amitæ etiam*

& materteræ testamentum inofficiosum frustrà dicunt, cùm nemo eorum qui ex transversâ lineâ veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admittatur.

Ce texte, considéré à part, semble faire entendre que les frères & sœurs avoient alors en toutes sortes de cas le droit d'attaquer par la querelle d'inofficiosité le testament qui leur ôtoit leur Légitime : mais il suffit pour se convaincre du contraire, de rapprocher de cette décision la loi 24, D. *de inofficioso testamento*; en voici les paroles : *Circà inofficiosi querelam evenire plerùmque solet ut in unâ eâdemque causâ diversæ sententiæ proferantur. Quid enim si, fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerint ? Quòd si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.* Ces mots *si heredes scripti diversi juris fuerint*, renferment évidemment la preuve que les frères & sœurs tiroient de la qualité des héritiers institués par le défunt, le droit de faire déclarer ses dispositions inofficieuses ; & c'est en quoi ils différoient des enfans & des ascendans, qui pouvoient intenter la querelle d'inofficiosité contre toutes sortes d'héritiers institués. La loi 31, §. 1 du même titre, établit clairement cette différence : *Quantùm ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest quis sit heres scriptus ex liberis, an extraneis vel municipibus.* Le sens de ce texte n'est point équivoque. » A l'égard de la plainte d'inofficiosité des enfans » & des ascendans, il est fort indifférent que » l'héritier institué soit esclave ou libre, étranger » ou bourgeois «. Voilà bien la preuve qu'il y avoit au temps de cette loi des personnes qui ne pouvoient attaquer un testament du chef d'inoffi-

ciosité, que lorsque le défunt leur avoit préféré un esclave ou un étranger de la ville dont il étoit bourgeois ; & ces personnes ne pouvoient être que les frères & sœurs, puisque c'étoient les seuls parens collatéraux que la jurisprudence de ce temps-là admettoit à la plainte dont il s'agit.

Telles étoient les dispositions des loix sur cette matière, lorsque l'empereur Constantin monta sur le trône : ce prince trouvant à propos d'établir là-dessus un droit nouveau, ordonna que les frères & sœurs ne pourroient plus exercer la querelle d'inofficiosité, hors le cas où le défunt auroit institué des personnes infames ou notées de quelque tache. Les deux constitutions (*) qu'il fit à ce sujet en 319 & 332, ont été fondues en une seule par Tribonien, & elles forment aujourd'hui la loi 27, C. *de inofficioso testamento* (**).

(*) *Voici les termes de la première :*

Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur, & germanis tantùmmodo fratribus adversùs eos duntaxat institutos heredes quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio prætoris, petitionis aditus referetur. *L.* 1, *cod. Theod.* de inofficioso testamento.

La seconde est ainsi conçue :

Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium quàm infamiam consequi videtur. Undè claret actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cùm infamiæ aspergitur vitiis is qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quæ per turpitudinem aut aliquam levem notam carere non potest institutus : ita in hac quoque parte si quandò libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione propositâ prævaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.

(**) *Cette loi est conçue en ces termes :*

Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra

Les interprètes ne ſont pas d'accord ſur le degré d'infamie ou de honte qu'il faut qu'un héritier inſtitué ait atteint, pour que ſon inſtitution donne ouverture à cette querelle. Cela paroît cependant bien clairement déterminé par la loi 27, C. *de teſtamentis*, qui ſe ſert de ces termes : *Si ſcripti heredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aſpergantur.* D'abord on ne doit point douter que les perſonnes notées d'infamie, ſoit de plein droit, ſoit par une condamnation judiciaire, ne ſoient compriſes dans cette diſpoſition : mais on demande ſi ceux qui ne ſont infames que de fait, y ſont également ſoumis.

On entend par infamie de fait, une tache que les loix ne déclarent point expreſſément infamante, mais qui ne laiſſe pas de déprimer parmi les perſonnes graves & honnêtes, ceux qui en ſont marqués. Tels ſont les faillis, les impétrans de lettres de répi ou de ceſſion de biens (*), les fauteurs,

---

teſtamentum fratris vel ſororis penitùs arceantur. Conſanguinei autem, duranti agnatione vel non, contra teſtamentum fratris ſui vel ſororis de inofficioſo quæſtionem movere poſſunt, ſi ſcripti heredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ adſpergantur, vel liberti qui perperàm & non benè merentes, maximiſque beneficiis ſuum patronum adſecuti, inſtituti ſunt, excepto ſervo neceſſario herede inſtituto.

(*) Sancimus ut nemini magiſtratum liceat rei cauſâ ceſſionis bonorum neceſſitatem alicui eorum inferre qui de prædictis cauſis propter pecunias publicas fortè aut etiam privatas judicium ſuſtinent, AUT HUJUSMODI CONTUMELIIS UTI AC PRÆTEXTIBUS, &c. *nov.* 135, *cap.* 1.

Voulons que ceux qui auront obtenu des lettres de répi ou des défenſes générales, ne puiſſent être élus maires ou échevins des villes, juges ou conſuls des marchands, ni avoir voix active & paſſive dans les communautés, ni être

les

les bateleurs, les danseurs de corde (*) ; les femmes de mauvaise vie (**).

Puisque la loi citée n'exige pas pour donner ouverture à la querelle d'inofficiosité de la part des frères, que l'héritier institué soit noté d'infamie, mais seulement de ce qu'elle appelle *turpitudinis vel levis notæ macula*, il est évident que l'institution des personnes dont on vient de parler

---

administrateurs des hôpitaux, ni parvenir aux autres fonctions publiques, & même qu'ils en soient exclus en cas qu'ils fussent actuellement en charge. *Ordonnance de* 1673, *tit.* 9, *art.* 5.

Les faillis & banqueroutiers ne pourront entrer en la loge du change, ni écrire & virer partie, si ce n'est après qu'ils auront entièrement payé leurs créanciers, & qu'ils en auront fait apparoir. *Réglement du conseil du* 2 *juin* 1667, *pour le commerce de Lyon.*

(*) Infamiâ notatur.... qui artis ludricæ pronuntiandivè causâ in scœnam prodierit. L. 1, D. *de his qui notantur infamiâ.*

Il ne faut point confondre les comédiens proprement dits, avec les histrions ; il y a une déclaration donnée par Louis XIII au mois d'avril 1641, qui, renouvelant les défenses prononcées par ses prédécesseurs contre les comédiens, de représenter aucune action malhonnête & d'user de paroles lascives, & qui puissent blesser l'honnêteté publique, sous peine d'être déclarés infames, » veut que les comédiens » qui ne contreviendront point à ces loix, soient exempts » du blâme qui couvroit ci-devant leur profession, & que » leur exercice ne puisse préjudicier à leur réputation dans » le commerce public «.

(**) Probrum intelligitur etiam in his mulieribus esse quæ turpiter viverent, vulgòque quæstum facerent, etiamsi non palàm. *L.* 41, D. *de ritu nuptiarum.*

Non solùm autem ea quæ facit quæstum corpore, verùm ea quoque quæ fecit, etsi facere desiit, lege notatur ; neque enim aboletur turpitudo quæ posteà intermissa est. *L.* 43, *parag.* 4, D. *eod. tit.*

peut être attaquée par la voie dont il s'agit, & conséquemment qu'elle oblige le testateur qui veut absolument la faire, à laisser une Légitime à ses frères & sœurs.

Faut-il mettre sur la même ligne les enfans nés de conjonctions illicites? L'opinion la plus juridique est pour la négative. Il est certain qu'un bâtard n'est point coupable du crime de sa naissance; si donc les peines sont personnelles comme les fautes, on ne doit pas lui en faire supporter les suites (*), & il est si vrai qu'on ne le regarde ni comme infame, ni comme noté de quelque tache, que la loi 6, D. *de decurionibus*, la loi 7, au code *de naturalibus liberis*, & plusieurs autres textes, l'admettent aux charges publiques, quoique la loi 2, au code *de dignitatibus*, en exclue tous ceux en qui il se trouve la moindre infamie de droit ou de fait.

On objecteroit inutilement que la loi 3, §. 2, D. *de decurionibus*, ordonne de préférer dans la distribution des charges, les personnes nées en mariage légitime, à celles nées d'un commerce criminel. Nous ne disconvenons pas que les premières ne méritent plus de faveur que les secondes;

(*) *C'est la décision de saint Chrisostome, dans le canon* numquam 4, distinct. 56, *du décret de Gratien.* Nunquam de vitiis erubescamus parentum. Quòd si fornicatorem ipsum ad meliora conversum nequaquàm prior vita commaculat, multò magis ex meretrice natus & adulterâ, si propriâ virtute decoretur, parentum suorum non dedecoratur opprobriis: non est omninò nec de virtute, nec de vitiis parentum, aut laudandus aliquis, aut culpandus.

La loi crimen, *au digeste* de pœnis, *dit la même chose en termes plus précis :* Crimen pro pœnâ paternâ nullam maculam filio infligere potest.

mais la préférence qui est donnée à celles-là, ne prouve pas que celles-ci soient infames de droit ou de fait. Il y a dans l'ordre de l'honneur des classes différentes, & celui qui est placé à la dernière ne mérite pas pour cela d'être traité comme un homme vil & méprisable.

On ne seroit pas plus fondé à objecter le rescrit du pape Calixte aux évêques de France (*), qui déclare infames les bâtards incestueux, *parce que les loix civiles les regardent comme tels, & les excluent des successions.* Cette décision n'est évidemment fondée que sur un faux principe; il n'y a pas un texte dans tout le droit Romain qui note les bâtards d'infamie, & s'ils sont exclus des successions de leurs pères, c'est uniquement parce que les loix ne veulent pas favoriser le libertinage, ce qu'elles feroient, en permettant aux bâtards de succéder aux auteurs de leurs jours, puisqu'alors on ne seroit plus retenu par la crainte de donner l'être à des enfans à qui l'on ne pourroit pas laisser ses biens. Il n'en faut pas davantage sans doute pour nous faire rejeter le rescrit du pape Calixte; & si l'on ajoute à cette considération

(*) *Ce rescrit est inséré dans le décret de Gratien*, can. conjonctiones 2, causa 35, quæst. 2 & 3. *Voici comme il est conçu :*

Conjunctiones consanguineorum fieri prohibete, quandò has & divinæ & sæculi prohibent leges. Leges ergò divinæ hoc agentes, & eos qui ex eis prodeunt non solùm ejiciunt, sed & maledictos appellant. Leges verò sæculi infames tales vocant & ab hereditate repellunt. Nos verò sequentes patres nostros, & eorum vestigiis inhærentes, infamiâ eos notamus, & infames esse censemus quia infamiæ maculis sunt aspersi : nec eos viros, nec accusationes eorum quos leges sæculi rejiciunt, suscipere debemus.

qu'il n'a jamais fait loi dans le royaume, on aura une preuve démonſtrative de l'inapplication de ce texte à notre queſtion.

Enfin que l'on n'objecte pas l'inhabilité des bâtards à être élevés aux ordres ſacrés & même aux ordres mineurs, ſans une diſpenſe expreſſe de l'égliſe : cette inhabilité n'eſt pas d'une date fort ancienne dans le droit canonique, & elle n'a pas pour motif le déshonneur prétendu attaché à la qualité de bâtard. Ecoutons M. d'Agueſſeau en ſon vingt-cinquième plaidoyer : » Si » nous remontions juſqu'aux premiers ſiècles de » l'égliſe, il ſeroit facile de faire voir que l'on y » a ignoré pendant long-temps cet empêchement » que les canons des derniers conciles ont rendu » ſi légitime, & qu'ils ont établi par de ſi ſages » conſidérations ; qu'avant ces canons l'honneur » ou la honte de la naiſſance n'avoit point de » part au choix ou à l'excluſion des miniſtres » ſacrés (*), & qu'on ne conſidéroit que leurs » qualités perſonnelles ; que les anciens docteurs » ne croyoient pas qu'on pût faire porter aux » enfans la peine du crime de leurs pères, ni » interdire l'entrée des fonctions eccléſiaſtiques » à ceux qui, pour nous ſervir de leurs expreſ- » ſions, *alieno ſcelere laborabant, non ſuo.* L'é-

---

(*) L'aſſertion de M. d'Agueſſeau eſt juſtifiée par les canons 12 & 13 de la diſtinction 56 du décret de Gratien. Voici les termes du premier : Apoſtolicâ auctoritate præcipimus vobis, ut ſi eum qui ab eccleſiâ electus eſt, altero digniorem eſſe, canonicamque ejus electionem probaveritis, fulti noſtrâ auctoritate conſecretis. Nam pro eo quòd filius ſacerdotis dicitur, ſi cæteræ virtutes in eum conveniant, non rejicimus, ſed ſuffragantibus meritis connivendo eum recipimus.

» glise d'Orient suit encore aujourd'hui cette an-
» cienne discipline. Elle n'a été changée par des
» loix expresses dans l'église Latine, que dans le
» onzième siècle ; & quoique l'on trouve des
» vestiges de cette incapacité dans les siècles pré-
» cédens, on ne voit point de concile qui en ait
» un règlement général avant ce temps. C'est
» alors que l'on crut que quoique l'on ne pût
» imputer aux enfans le crime qui leur avoit
» donné la vie, il étoit juste d'éloigner du ser-
» vice des autels ceux qui étoient la preuve &
» quelquefois les imitateurs des déréglemens
» de leurs pères ; que cette sévérité étoit néces-
» saire pour réformer les mœurs des ecclésiasti-
» ques, & pour leur ôter l'espérance de pouvoir
» transmettre leurs bénéfices à ceux que les loix
» civiles rendoient incapables de recueillir leurs
» successions. Tels furent les motifs de la célèbre
» disposition du concile tenu à Poitiers en l'an-
» née 1078 «.

On ne peut donc pas mettre les bâtards au rang des personnes dont l'institution donne ouverture à un droit de Légitime pour les frères & sœurs du testateur (*). Et c'est ce qu'a jugé un arrêt du conseil souverain de Frise, rendu en 1688 & rapporté par Vandepoll *de exheredatione*, *cap. 62*, *n. 22*.

En est-il de même d'un fils qui a été blâmé

(*) Ce que nous disons ici n'est vrai que par rapport aux institutions faites par des étrangers ou des parens collatéraux : celles dont les bâtards seroient honorés par leurs pères, mères ou autres ascendans, seroient nulles, ou au moins réductibles de plein droit. Voyez les articles *Bâtards*, *Institution d'héritier*, & *Légataire*.

par le teſtament de ſon père ? La négative paroît inconteſtable à la première vue. La loi 13, au code, *ex quibus cauſis infamia irrogatur*, dit expreſſément, que quoiqu'un père en blâmant ſes enfans par ſon teſtament, ne les couvre pas d'infamie, il laiſſe néanmoins une mauvaiſe idée de leur caractère ou de leur conduite, dans l'eſprit des gens de bien (*). Et c'eſt ſur ce fondement qu'Accurſe a ſoutenu, que ſi de tels enfans ſe trouvoient dans la ſuite inſtitués par quelqu'un, les frères & ſœurs du teſtateur pourroient intenter la querelle d'inofficioſité contre ſes diſpoſitions. Mais cette opinion eſt ſans contredit trop rigoureuſe. Rien n'eſt plus commun que de voir un père gourmander ſes enfans, *hoc enim pater circà filium ſolet facere*, dit la loi 132, au digeſte *de verborum obligationibus* ; c'eſt un droit & même un devoir attaché à l'autorité paternelle ; & ce ſeroit une rigueur intolérable d'en faire réſulter une tache dans l'ordre civil, pour ceux qui en ſont l'objet : un père peut bien exercer dans l'enceinte de ſa famille l'empire que la nature & la loi lui donnent ; mais il n'en doit rien rejaillir dans le public. Le texte ſur lequel Accurſe ſe fonde, prouve bien qu'un fils blâmé par ſon père ne jouit pas de toute la conſidération à laquelle il auroit eu droit de prétendre ſans cette diſgrace ; mais on ne peut pas conclure de là qu'il ſoit entièrement déshonoré & qu'il doive être mis ſur la ligne des banqueroutiers, des hiſtrions, des femmes publiques. On ſent d'ail-

(*) Ea quæ pater filios ſuos increpans ſcripſit, infames quidem filios jure non faciunt ; ſed apud bonos & graves opinionem ejus qui patri diſplicuit, onerant.

leurs que ce seroit trop étendre les bornes du pouvoir d'un père, que de laisser à sa disposition l'honneur de son fils, c'est-à-dire, la plus précieuse partie de l'existence qu'il lui a donnée : il ne faut pas, dit la loi 4, au digeste, *de inofficioso testamento*, il ne faut pas approuver les sentimens des pères qui injurient leurs enfans par leurs testamens, *non est consentiendum parentibus qui injuriam adversùs liberos testamento inducunt.* » Ainsi, conclut le Brun, un tel blâme prononcé » autrefois contre un héritier que le testateur » institue aujourd'hui par son testament, ne donne » point lieu au frère de ce testateur d'intenter » la querelle d'inofficiosité, comme si leur frère » avoit institué une personne infame «.

La loi 27, au code, *de inofficioso testamento*, ajoute à ceux dont l'institution ouvre aux frères & sœurs la querelle d'inofficiosité, les affranchis qui, sans avoir bien mérité de leur patron, ont été comblés de ses bienfaits comme par une espèce d'aveuglement, *liberti qui perperàm & non benè merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt.* Ce n'est pas que ce texte les mette au nombre des personnes infames ou déshonnêtes, il les en distingue au contraire très-clairement ; mais il ne veut pas qu'un homme puisse sans motif raisonnable, *perperàm*, disposer de tous ses biens au profit de gens qui lui sont déjà redevables de la liberté, tandis qu'il a des frères & des sœurs habiles à recueillir sa succession.

Lorsqu'un testateur institue à la fois une personne infame de droit ou de fait, & une autre à laquelle il n'y a rien à reprocher, ses frères & sœurs peuvent-ils exercer leur querelle d'inoffi-

ciosité ? La raison de douter est que le testament ne pourroit être rescindé que pour la moitié; ce qui ne paroît pas praticable, aux termes des loix Romaines, puisqu'elles ne permettent pas que quelqu'un puisse mourir *partìm testatus, partìm intestatus.* Cependant il faut dire avec la loi 24, au digeste, *de inofficioso testamento*, que la querelle d'inofficiosité doit avoir lieu en ce cas pour la part dans laquelle est instituée la personne infame; on ne peut rien en effet de plus précis que ces termes : *Circà inofficiosi querelam evenire plerùmque solet ut in unâ eâdemque causâ diversæ sententiæ proferantur. Quid enim si fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerint? Quòd si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.* La règle qui défend de mourir en partie *testat*, & en partie *intestat*, n'est pas contraire à cette décision; le testament dans notre espèce subsiste pour le tout au moment de la mort du testateur, car s'il n'étoit pas valable on n'auroit pas besoin de la querelle d'inofficiosité pour le faire casser ; ce n'est qu'après l'ouverture de l'hérédité, &, comme on dit, *ex post facto*, qu'il est annullé pour la moitié, & dans cet état rien n'empêche qu'une pareille scission ne puisse avoir lieu; elle est au contraire autorisée formellement par la loi 13, C. *de inofficioso testamento* (*), & par la loi 15, §. 2, D. au même titre (**).

(*) Cùm duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversùs eum qui ex septem unciis heres scriptus fuerat, justâ querelâ contendisse, ab altero autem victum te fuisse alleges, pro eâ parte quâ resolutum est testamentum, cùm jure intestati, qui obtinuit, succedat, neque legata neque fideicommissa debentur....

(**) Filius qui de inofficiosi actione adversùs duos heredes

Mais que feroit-ce si la personne infame qui a été instituée avec une personne honnête renonçoit à la succession & faisoit par ce moyen accroître sa part à son cohéritier ? Dans ce cas, la querelle d'inofficiosité pourroit être intentée contre celui-ci, soit que la renonciation de l'autre fût gratuite, ou qu'il l'eût achetée. La raison en est évidente : celui qui acquiert par droit d'accroissement la part de son coinstitué, est tenu de toutes les charges que la loi imposoit à ce dernier; c'est la disposition expresse de la loi unique, §. 4, C. *de caducis tollendis*. Or, la loi soumettoit la part de l'héritier infame à la querelle d'inofficiosité; cette action doit donc suivre la part de l'héritier infame jusques dans les mains de l'héritier honnête.

On demande si le repentir ou le changement de vie de la part de l'héritier institué, empêche les frères & sœurs de se prévaloir de la honte dans laquelle il a vécu antérieurement, & d'en faire la base d'une querelle d'inofficiosité. Il faut pour résoudre cette question, distinguer le cas où le changement de vie s'est opéré avant le décès du testateur, de celui où il ne se seroit opéré qu'après.

Dans le premier cas, si le changement de vie a effacé la tache dont l'institué étoit noté, il n'est point douteux que la querelle d'inofficiosité ne doive cesser entièrement; si au contraire la tache

---

expertus, diversas sententias judicum tulit, & unum vicit, ab altero superatus est . . . . . , credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, & ideò pars hereditatis in testamento remansit; nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

subsiste malgré le repentir, le droit des frères & sœurs d'attaquer le testament conserve toute sa force. Ainsi quand un failli a satisfait tous ses créanciers, rien n'empêche qu'il ne puisse être institué au préjudice de la Légitime des frères & des sœurs du défunt. Mais un homme qui auroit essuyé une condamnation infamante après une procédure extraordinaire, auroit beau se repentir & changer de conduite, la tache qui lui auroit été imprimée par le jugement ne s'effaceroit pas pour cela, & conséquemment l'institution qu'il pourroit s'attirer dans la suite de la part d'un testateur, n'en seroit pas moins sujette à la querelle d'inofficiosité. Il faudroit dire la même chose d'une femme qui, après avoir vécu dans la prostitution, viendroit à mener une vie régulière, parce que ce changement ne la tireroit pas de la classe des personnes infames : c'est la disposition expresse de la loi 43, §. 1, D. *de ritu nuptiarum*, rapporté ci-dessus.

Dans le second cas, c'est-à-dire, quand l'institué ne change de conduite qu'après la mort du testateur, ses frères & sœurs sont indistinctement fondés à intenter la querelle d'inofficiosité, parce qu'ils ont eu dès l'ouverture de l'hérédité un droit acquis à cette action ; & que ce qui nous appartient une fois, ne peut nous être ôté malgré nous (*).

Mais les frères & sœurs seroient sans action si l'infamie ou la tache dont ils voudroient se prévaloir, n'étoit survenue à l'institué qu'après la mort de leur frère. En effet, ils ne peuvent se

(*) Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. *L.* 11, D. *de regulis juris*.

plaindre que dans le cas où celui-ci leur a fait une injure par la préférence qu'il a donnée sur eux à une personne notée d'infamie : or, dans cette espèce, il est clair que le testateur ne les a point injuriés, puisque celui qu'il a appelé à sa succession n'a perdu l'honneur qu'après sa mort, & qu'il n'y a jamais d'injure, lorsque l'intention ne concourt pas avec le fait (*).

Lorsque la personne infame est elle-même frère ou sœur du défunt, son institution donne-t-elle lieu à la querelle d'inofficiosité ? Vasquius, Gomèz, Peregrini & Verwey ont embrassé la négative; mais Vandepoll soutient le contraire, & son opinion paroît à la fois plus juridique & plus conforme à la décence des mœurs. Les loix ne distinguent point ce cas d'avec les autres, & l'honnêteté publique demande qu'il soit confondu dans la règle générale.

Y a-t-il lieu à la querelle d'inofficiosité, lorsque les frères qui veulent l'intenter sont eux-mêmes couverts de la même tache qu'ils prétendent trouver dans l'héritier institué ? Barbosa, Vasquius, Brunneman, Donellus, Vandepoll, répondent que non. L'égalité de condition entre l'héritier institué & les frères, fait cesser la plainte dont il s'agit; & de même que ceux-ci ne seroient pas recevables à agir si celui-là étoit à l'abri de tout reproche, de même aussi ils doivent s'abstenir de toute poursuite lorsqu'ils ont à rougir personnellement des traits d'infamie qu'ils découvrent dans l'héritier

(*) Injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere. *L.* 3, *parag.* 2, D. *de injuriis.*

institué : c'est ainsi que quoiqu'une mère puisse régulièrement déshériter sa fille pour la punir de s'être livrée à la débauche, cependant elle ne le peut pas quand elle mène elle-même une vie déréglée (*). Juvenal diroit à ce sujet :

Quis tulerit Gracchos de seditione querentes?
Quis cœlum terris non misceat & mare cœlo,
Si fur displiceat Verri, aut homicida Miloni,
Clodius accuset Mœchos?

On ne peut opposer qu'une objection à cette doctrine, & en revanche elle paroît au premier abord très-plausible : c'est de dire que le droit a fixé à trois les causes pour lesquelles il est permis à un frère de déshériter ou de passer sous silence ses frères & ses sœurs, même en instituant une personne infame ; & que dans ce nombre ne se trouve pas la circonstance que les frères & sœurs seroient notés de la même infamie que l'héritier dont il fait choix.

Cette objection seroit sans replique, si le principe en étoit vrai ; mais il n'y a point de loi qui ait défendu d'exhéréder un frère ou une sœur pour plus de trois causes. Le chapitre 47 de la novelle 22 réduit bien à ce nombre les traits d'ingratitude pour lesquels un frère peut être privé, même *ab*

(*) *On peut encore appliquer ici la loi* 11, C. de inofficioso testamento ; *voici ce qu'elle porte :* In arenam non damnato, sed suâ sponte arenario constituto, legitimæ successiones integræ sunt. . . . Sed si testamentum parens ejus fecit, neque de inofficioso testamento accusatio. . . . . ei competit. Nam talem filium meritò quis indignum suâ successione judicat, nisi & ipse similis conditionis sit ?

intestat, de la part qu'avoit son frère dans les gains nuptiaux dévolus aux enfans d'un premier lit, par le convol de la mère à un second mariage; mais il n'y a aucune disposition semblable dans tout le droit Romain concernant l'exhérédation; & quoique par analogie on l'étende communément à l'exhérédation elle-même, on ne doit pas la restreindre à cet égard dans ses termes précis, & il faut au moins l'interpréter de manière qu'elle n'exclue point le cas où les frères & sœurs auroient eux-mêmes à se reprocher la faute ou la tache qu'ils opposeroient à l'institué.

Si les frères & sœurs n'étoient pas tout-à-fait irréprochables, & que cependant ils ne fussent pas rabaissés au même point de honte & de déshonneur que l'héritier choisi par le défunt, on ne pourroit pas les faire déclarer non-recevables dans leur querelle d'inofficiosité. C'est l'avis de Vandepoll, & il ne paroît en cela aucune espèce de difficulté.

Dans l'ancien droit, tous les frères & sœurs étoient admis confusément à la querelle d'inofficiosité, quand elle pouvoit avoir lieu; on ne distinguoit pas alors les frères utérins d'avec les frères germains ou consanguins; tous avoient le même droit, parce que dans l'ordre naturel tous étoient également offensés par l'injuste disposition de leur frère. C'est ce qui résulte de ces termes de la loi 1, D. *de inofficioso testamento*; » les » cognats, c'est-à-dire les parens du côté mater- » nel, feroient très-bien, à l'exception des frères, » de s'épargner les frais de la querelle d'inoffi- » ciosité, parce qu'ils ne peuvent jamais en es- » pérer la réussite «. *Cognati qui sunt ultrà fra-*

trem, meliùs facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cùm obtinere spem non haberent.

Cette jurisprudence a été modifiée par l'empereur Constantin : la première disposition de la loi 1, au code Théodosien, *de inofficioso testamento*, est que les frères utérins seront à l'avenir exclus de la querelle d'inofficiosité, & que cette action ne pourra plus être exercée que par les frères germains.

Il n'est point question dans cette loi des frères consanguins ; mais on ne peut douter qu'ils ne soient compris sous les termes de *frères germains* ; c'est ce qui résulte de l'exclusion spéciale que l'empereur donne aux frères utérins. D'ailleurs il ne peut plus y avoir là-dessus aucune difficulté, puisque Justinien en rappelant cette constitution dans son code, y fait une mention expresse des frères consanguins : *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitùs arceantur. Consanguini autem, de inofficioso quæstionem movere possunt...*

L'empereur Constantin ne s'étoit pas borné à exclure les frères utérins de la querelle d'inofficiosité, il l'avoit encore ôtée aux frères germains ou consanguins qui avoient perdu le droit d'agnation, c'est-à-dire, qui avoient été émancipés du vivant de leur père. Mais Justinien a aboli cette restriction, & ordonné que le droit d'agnation ne seroit plus considéré en cette matière : *Consanguineis autem DURANTE AGNATIONE VEL NON, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quæstionem movere possunt.* Ce sont, comme on l'a déjà dit, les termes de la loi 27, au code, *de inofficioso testamento.*

Depuis la promulgation de cette loi, Justinien en a fait une nouvelle pour appeler les enfans des frères germains à la succession *ab intestat* de leurs oncles, concurremment avec les frères vivans, & y prendre la même part que leur père y eût prise s'il avoit vécu (*). Mais comme il ne leur a point accordé expressément la querelle d'inofficiosité, c'est une question s'ils sont habiles ou non à l'exercer. Tous les auteurs se réunissent pour la négative, sur le fondement que la querelle d'inofficiosité n'appartient point à tous les successeurs *ab intestat*, mais seulement à ceux d'entre eux à qui la loi la donne ; ils appuyent cette raison d'un exemple : il est constant, disent-ils, aux termes du chapitre 3 de la novelle 118, que les frères germains concourent avec leurs père & mère dans la succession *ab intestat* de leur frère décédé ; cependant on convient généralement que les père & mère ont seuls en ce cas un droit absolu à la querelle d'inofficiosité, & que celui des frères est subordonné à la qualité des héritiers institués, en sorte qu'ils sont privés de toute action lorsque leur frère a disposé en faveur de personnes honnêtes & irréprochables. Pourquoi donc le droit accordé aux neveux de concourir *ab intestat* avec leurs oncles, emporteroit-il celui d'intenter la querelle d'inofficiosité ?

A ces moyens se joint une réflexion péremptoire. La raison pour laquelle on a donné aux frères un droit de Légitime dans la succession de

(*) Novell. 118, cap. 3; nov. 127, cap. 1.

leur frère qui inſtitue une perſonne infame, eſt uniquement fondée ſur la gravité de l'injure qu'il leur fait, car cette injure eſt d'autant plus grande, que la parenté qui les unit à lui eſt plus étroite : or les neveux ne ſont pas plus proches parens au défunt lorſqu'ils concourent avec leurs oncles par le bénéfice de la repréſentation, que lorſqu'ils ſe trouvent ſeuls pour ſuccéder *ab inteſtat* ; ils n'ont donc pas plus de droit à la querelle d'inofficioſité dans le premier cas que dans celui-ci, puiſque dans l'un comme dans l'autre le défunt ne les a point injuriés au point requis par la loi pour fonder une action de cette nature ; car de vouloir que l'injure de la prétérition s'eſtimât dans leur perſonne, comme ſi elle avoit été faite à leur père qu'ils repréſentent, ce ſeroit une prétention ridicule en elle-même & abſurde dans ſes conſéquences : il en réſulteroit, par exemple, qu'une inſulte eſſuyée par l'héritier d'un grand ſeigneur, devroit être appréciée & punie comme ſi elle avoit été faite à celui qu'il repréſente.

Mais au moins les neveux ne pourront-ils pas profiter de la reſciſion du teſtament inofficieux, obtenue par leurs oncles également déshérités ou paſſés ſous ſilence ? La raiſon de douter eſt que, ſuivant les loix Romaines, la reſciſion d'un teſtament par la querelle d'inofficioſité emporte la nullité de l'inſtitution, & réduit les choſes *ab inteſtat* : or il eſt certain que les neveux ſuccèdent *ab inteſtat* avec leurs oncles ; il eſt donc juſte qu'ils recueillent indirectement le fruit de l'action intentée par ceux-ci. C'eſt la déciſion de quelques auteurs, entre leſquels on remarque

Mynſingere

Mynſingere (*), & on l'appuye communément ſur les loix 17, 18 & 19, au digeſte *de inofficioſo teſtamento*, qui communiquent à tous les héritiers du même degré le profit de la querelle d'inofficioſité intentée avec ſuccès par l'un d'eux.

Mais l'opinion contraire eſt ſi bien défendue par le Brun & par Voët, qu'il n'eſt pas poſſible de leur refuſer ſon ſuffrage. Il eſt de principe, diſent-ils, que les jugemens ne nuiſent & ne profitent qu'à ceux avec leſquels ils ont été rendus : les neveux ne peuvent donc pas participer au fruit d'une action qu'ils n'ont ni exercée ni pu exercer. Si dans l'eſpèce des loix citées la ſucceſſion s'ouvre *ab inteſtat* en faveur de tous les héritiers Légitimes par le ſeul effet de la demande de l'un d'eux, c'eſt qu'ils ſont tous au même degré, & par conſéquent tous habiles à intenter eux-mêmes l'action dont ils profitent. La poſition des neveux eſt bien différente. Le défunt ne leur devoit rien, même en inſtituant une perſonne infame ; ils n'ont ni droit pour demander une Légitime, ni qualité pour attaquer le teſtament du chef d'inofficioſité ; ils ne peuvent donc pas s'appliquer des textes qui exigent l'un & l'autre dans ceux qu'ils appellent à la ſucceſſion déclarée inteſtate à la pourſuite d'un ſeul.

Les neveux oppoſeroient inutilement que leur condition doit être la même quand le défunt eſt mort *inteſtat*, que lorſque ſon teſtament a été

(*) Sur les inſtitutes, titre *de inofficioſo teſtamento*.

caſſé par la querelle d'inofficioſité ; que dans le premier cas leurs oncles ſeroient inconteſtablement obligés de leur faire part de la ſucceſſion ; que par conſéquent il doit en être de même dans le ſecond cas. Le Brun & Voët répondent victorieuſement à cette objection. » La ſeule note » d'infamie qui n'eſt point accompagnée de mort » civile, ne rend ni indigne ni incapable de re- » cevoir un legs univerſel, ou de profiter d'une » inſtitution d'héritier ; ou du moins cette inca- » pacité eſt ſeulement reſpective, & par rapport » à ceux à qui par le droit le défunt devoit une » Légitime. Ainſi . . . . les frères ne font juger » autre choſe (par leur action d'inofficioſité), ſi- » non que l'héritier ou le légataire univerſel eſt » incapable à leur égard : ce qui ne profite point » aux neveux, au reſpect deſquels le même hé- » ritier a toute la capacité néceſſaire «. Ce ſont les termes de le Brun. Il ſeroit abſurde, ajoute Voët, que ceux qui ont été licitement paſſés ſous ſilence, & qui par conſéquent n'ont reçu du défunt aucune eſpèce d'injure, fuſſent de la même condition que ceux dont la prétérition forme un attentat aux défenſes des loix, & un affront que la querelle d'inofficioſité tend uniquement à réparer.

En un mot, dit le même auteur, les empereurs Conſtantin & Juſtinien ont défendu ſtrictement d'admettre les neveux à la querelle d'inofficioſité : on ne doit donc pas leur en communiquer indirectement l'effet : autrement la prohibition ſe réduiroit à rien, & jamais les détours inventés pour parvenir à cette fin, n'ont mérité les ſuffrages des légiſlateurs. On peut appliquer ici la loi 10, §. 5, D. *de bonorum poſ-*

sessione contra tabulas (*), & la loi 38, D. *de bonis libertorum* (**).

Il est temps d'examiner quel est notre usage sur tous les objets que nous venons de parcourir.

Il n'y a là-dessus aucune difficulté dans les provinces régies par le droit écrit; les loix Romaines y sont en pleine vigueur; ainsi il n'est point douteux que les frères & sœurs n'y aient droit d'exiger une Légitime quand le défunt a institué une personne infame ou notée de quelque tache, & que faute par lui de la leur avoir laissée, ils peuvent faire déclarer l'institution nulle pour le tout. C'est même ce qui resulte de l'article 50 de l'ordonnance de 1735.

On convient aussi que la loi *fratres* est reçue dans les pays coutumiers; c'est ce qu'attestent particulièrement Benedicti, Mornac & le Brun: nous en avons même la preuve dans les coutumes d'Orléans & d'Audenarde: la première porte, article 277, *que quand une donation est immense ou excessive, les héritiers collatéraux, en cas qu'il n'y eût enfans ou descendans en droite ligne des donateurs, la peuvent aussi quereller selon la disposition de droit.* La coutume d'Audenarde dit pareillement, rubrique 8, article 1, que l'on ne

(*) Exheredati liberi quemadmodum edictum non committunt, ita nec commisso per alios edicto, cùm illis venient ad bonorum possessionem.

(**) Quæritur an filio exheredato, etiam nepotes ex eo à bonorum possessione liberti excludantur? Quòd utique sic dirimendum est ut vivo filio donec in potestate ejus liberi manent, non admittantur ad bonorum possessionem, *ne qui suo nomine à bonorum possessione submoventur, per alios eam consequantur.*

peut faire aucune donation inofficieuse *au préjudice . . . des frères & des sœurs, lorsque ladite donation seroit faite à personne infame.*

Mais on demande si en pays coutumier l'effet de la querelle d'inofficiosité intentée par des frères, se réduit à leur faire adjuger une Légitime, ou s'il s'étend jusqu'à faire infirmer toute l'institution dont le défunt a honoré une personne infame.

Le premier parti semble au premier abord le plus conforme à nos maximes. Comme l'institution d'héritier ne vaut dans nos coutumes que par forme de legs, & que suivant le dernier état de la jurisprudence Romaine, les legs ne sont point annullés par la querelle d'inofficiosité, mais seulement réduits au taux qu'exige le retranchement de la Légitime, la querelle d'inofficiosité ne passe communément parmi nous que pour une demande en détraction de Légitime, & elle n'a point régulièrement d'autre effet, quoiqu'elle soit exercée par un fils contre le testament de son père, ou par un père contre le testament de son fils. Les collatéraux ne sont certainement pas plus favorables que les enfans & les ascendans, ils ne doivent donc pas tirer de cette action plus d'avantage que ceux-ci.

Cependant on décide constamment le contraire, & il passe aujourd'hui pour certain que l'institution d'une personne infame doit être annullée pour le tout à la poursuite des frères du défunt. Parmi les raisons que l'on donne de cette jurisprudence, il s'en trouve de bonnes & de mauvaises; tâchons de discerner les unes d'avec les autres.

Voici comme s'exprime M. Sallé sur l'article

50 de l'ordonnance de 1735. » Les frères & les » sœurs consanguins ont droit de Légitime quand » l'institution est faite d'une personne infame ; » mais quant à ce dernier cas, il faut observer » que notre usage a encore enchéri sur les loix » Romaines, puisqu'une personne infame étant » incapable parmi nous d'institution d'héritier, » les frères & les sœurs consanguins peuvent faire » annuller l'institution pour le tout «.

Il y a deux erreurs dans ce passage : d'abord notre usage n'a point enchéri sur les loix Romaines, mais il s'y est conformé, en donnant aux frères le droit de faire annuller pour le tout l'institution d'une personne infame.

En second lieu, l'infamie ne forme pas plus parmi nous que chez les Romains un titre d'incapacité de recevoir des libéralités testamentaires : autrement les dispositions faites au profit de ceux qui en sont notés pourroient être attaquées par toutes sortes de parens collatéraux, & il est universellement reconnu qu'elle ne peuvent l'être que par les frères & les sœurs.

Le Brun dit que la querelle d'inofficiosité des frères & des sœurs » fait casser le testament pour » le tout, parce que nous n'avons point de Légi» time réglée pour les frères, & qu'ayant reçu » cette action du droit Romain, il semble qu'il » est assez juste de nous conformer entièrement à » sa disposition, qui infirme le testament pour le » tout, au cas qu'un frère ait institué une personne » infame «.

Cette raison n'est pas plus solide que celle de M. Sallé. 1°. Il est faux que les frères n'aient point un droit de Légitime ; ce droit, à la vérité, n'est pas aussi général pour eux que pour les

enfans & les ascendans ; mais il n'en est pas moins réel dans le cas où il y a lieu en leur faveur à la querelle d'inofficiosité, & ce cas est, comme on vient de le voir, lorsque le défunt a institué une personne infame ; ce qui est si vrai, qu'une pareille institution auroit tout son effet s'il leur avoit été laissé quelque chose par leur frère : car en cette circonstance ils ne pourroient pas intenter la querelle d'inofficiosité, mais seulement demander un supplément de Légitime : la loi 30, C. *de inofficioso testamento* ne laisse là-dessus aucun doute (*).

2°. Si parce que nous avons adopté dans notre jurisprudence la disposition de la loi *fratres*, il falloit, comme le prétend le Brun, nous y conformer entièrement, nous devrions par la même raison attribuer à la querelle d'inofficiosité des enfans & des ascendans, la vertu d'annuller l'institution pour le tout : or il est constant que cette action n'aboutit pour ceux-ci qu'à une demande de Légitime : si donc nous en avons restreint l'effet à leur égard, pourquoi ne pourroit-on

(*) Omnimodò testatorum voluntatibus prospicientes, magnam & innumerabilem occasionem subvertendæ eorum dispositionis amputare censemus ; & in certis casibus in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subvertendis moveri solebat actio ; certâ & statutâ lege tam mortuis consulere quàm liberis eorum, VEL ALIIS PERSONIS quibus eadem actio competere poterat, ut sive adjiciatur in testamento de adimplendâ legitimâ portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat verò his personis quæ testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minùs portione legitimâ sibi relictum est, adimplendam eam sine ullo gravamine vel morâ exigere.

pas également le restreindre par rapport aux frères ?

Mais, continue le Brun, » la note d'infamie » doit exclure ici l'institué de tout ce que le tes- » tateur lui a voulu laisser, l'incapacité que la loi » prononce contre lui, quoique respective à l'é- » gard des frères, ne lui faisant pas moins d'obs- » tacle pour une partie de l'institution que pour » l'autre «.

Il n'y a pas encore un mot de vrai dans tout cela. D'abord la loi ne prononce point d'incapacité contre les personnes infames, pas même respectivement aux frères du testateur : elle permet bien à ceux-ci de se plaindre de l'injure que leur a faite le testateur par une préférence aussi odieuse ; mais cette permission ne suppose aucune espèce d'incapacité, à moins que l'on ne veuille ainsi appeler le défaut de pouvoir être préféré aux frères, ce qui ne peut se dire que par une extension abusive du sens des termes reçus dans le langage des loix. D'ailleurs point de dispute de mots ; arrêtons-nous aux choses : supposons les personnes infames vraiment incapables par rapport aux frères ; au moins leur incapacité, quoi qu'en dise le Brun, ne leur fera pas le même obstacle pour une partie de l'institution que pour l'autre, puisque quand le défunt a laissé quelque chose à ses frères, les loix Romaines n'en font résulter qu'une demande en supplément de Légitime, & confirment le testament pour le surplus.

Quelle est donc la raison précise de l'usage introduit parmi nous de donner à la querelle d'inofficiosité des frères & des sœurs l'effet d'annuller l'institution pour le tout ? On la trouve dans le Brun lui-même confondue avec celles que nous

venons de réfuter ; c'est, dit-il, parce que nous
» avons même des exemples dans notre droit où
» la querelle fait infirmer tout le testament, comme
» lorsqu'un père a déshérité son fils injustement,
» *malignè contra sanguinem suum inferens judi-*
» *cium* «. Dans la thèse générale, il est vrai, la querelle d'inofficiosité n'est considérée parmi nous que comme une simple demande de Légitime : mais, comme on le verra ci-après, section 4, toutes les fois que le testateur paroît avoir été animé par des sentimens injustes, soit à exhéréder, soit à passer sous silence ceux à qui il doit une Légitime, la querelle d'inofficiosité reprend son ancienne nature, & l'on casse toute la disposition. Le cas de la loi *fratres* rentre naturellement dans cette exception ; on ne doit donc rien laisser aux personnes infames qui ont été instituées à l'exclusion totale des frères & des sœurs.

C'est même ce qui résulte assez clairement de l'article 277 de la coutume d'Orléans : ce texte parlant des donations inofficieuses, dit que les enfans du donateur les *peuvent quereller & faire réduire à la Légitime*, & que les frères *les peuvent aussi quereller selon la disposition de droit*. Cette différence dans les expressions en annonce certainement une dans les effets. Les enfans peuvent simplement *quereller*, & la fin de leur action est de *faire réduire* les donations *à la Légitime* ; la coutume suppose, comme on le voit, que le donateur n'a point disposé par colère, par haine ou par un autre motif également injuste. Les frères au contraire peuvent *quereller selon la disposition de droit*, c'est-à-dire, faire annuller la donation pour le tout, parce qu'étant faite à une personne infame, & les excluant entièrement, elle

ne peut partir que d'un esprit aveuglé ou esclave d'une passion violente.

La loi 3, D. *si à parente quis manumissus fuerit*, vient à l'appui de ces raisons ; l'espèce en est remarquable. Dans l'ancien droit Romain, le père qui avoit émancipé son fils, & que celui-ci avoit passé sous silence dans son testament, avoit, pour venir à la succession *ab intestat*, le choix de la querelle d'inofficiosité, comme père, ou de la possession des biens *contra tabulas*, comme patron (*). La première action tendoit à faire casser le testament pour le tout ; la seconde n'étoit, à proprement parler, qu'une demande de Légitime. Cependant si lorsqu'il optoit celle-ci, l'héritier institué étoit une personne infame, il en tiroit le même avantage que lui auroit procuré la querelle d'inofficiosité. C'est la décision expresse de la loi citée ; en voici les paroles : » Paconius dit que si un enfant émancipé par » son père institue des personnes infames, telle » qu'une femme publique, le père doit obtenir » tous les biens en vertu de sa possession *contra* » *tabulas* ; mais que si l'héritier institué n'est pas » infame, on ne doit lui adjuger que sa Légi- » time « (**).

On voit dans ce texte une action qui ne tend

(*) Patrem autem acceptâ contra tabulas bonorum possessione, & jus antiquum quod sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit : nec enim ei nocere debet quòd jura patronatûs habebat, cùm sit & pater. *L.* 1, §. 6, D. *si à parente quis manumissus fuerit.*

(**) Paconius : si turpes personas, veluti meretricem à parente emancipatus & manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur ; aut constitutæ partis si non turpis heres esset institutus.

régulièrement qu'à une demande de Légitime, emporter la nullité de tout le teſtament, parce que l'inſtitution eſt faite au profit d'une perſonne notée de quelque tache; on ne peut ſans doute rien concevoir de plus analogue à la plainte d'inofficioſité des frères & des ſœurs.

Il faut appliquer ici l'obſervation par laquelle nous avons terminé le paragraphe précédent, c'eſt-à-dire, que les frères & les ſœurs n'ont droit de Légitime dans le concours des circonſtances que nous venons d'expoſer, que quand ils ont d'ailleurs toutes les qualités requiſes pour pouvoir ſuccéder *ab inteſtat*. Cette vérité ſe fait ſentir d'elle-même, & nous en avons donné au commencement de cette ſection une preuve qui nous diſpenſe ici de toute eſpèce de détail à cet égard.

§. IV. *Des patrons conſidérés par rapport au droit de demander une Légitime.*

Les Romains regardoient un patron comme un père; & en effet il méritoit bien ce titre, car c'eſt donner une nouvelle vie à un homme, que de le tirer de la ſervitude. Il n'eſt donc pas étonnant que l'on trouve dans le code & dans le digeſte tant de déciſions & de loix qui accordent aux patrons une Légitime ſur les biens de leurs affranchis.

Nous ne nous arrêterons pas à faire l'analyſe de ces textes, ils ne peuvent être pour nous d'aucun uſage; on peut en voir l'eſprit & la ſubſtance réunis dans les inſtitutes, titre *de ſucceſſione libertorum*.

Le droit de meilleur cattel dont jouiſſent tant de ſeigneurs du Hainaut & de la Flandre flamande,

peut être considéré comme une espèce de Légitime de patron. Voyez ce que nous en avons dit au mot CATTEL, & joignez-y l'addition imprimée à la fin du tome 9.

§. V. *Du droit d'un créancier de demander la Légitime due à son débiteur.*

On a vu à l'article HÉRITIER, que la jurisprudence Françoise, plus favorable aux créanciers que ne l'étoient les loix Romaines, leur permet de se porter héritiers à la place de leurs débiteurs, & ne souffre pas que ceux-ci renoncent frauduleusement aux successions que la loi ou la volonté de l'homme leur déférent. Parmi les arrêts sur lesquels nous avons établi la preuve de cette jurisprudence, il s'en trouve deux des 12 juillet 1587 & 28 mars 1589, qui ont admis des créanciers à la demande de la Légitime de leur débiteur, nonobstant la renonciation qu'il y avoit faite. La même chose a été jugée par arrêts du parlement de Provence des 27 janvier 1627, & 29 mai 1652; Duperrier qui les rapporte, nous apprend qu'il s'agissoit dans l'un & dans l'autre de la Légitime d'un père sur les biens de son fils.

Le parlement de Flandres est peut-être la seule cour du royaume qui ne se soit pas écartée sur cette matière de la disposition du droit Romain. Il juge encore, comme nous l'avons dit au même article, que la renonciation d'un débiteur à une succession ouverte éteint tous les droits que ses créanciers voudroient exercer sur les biens qui la composent; & c'est sur ce fondement qu'il a rendu le 21 mars 1709 un arrêt qui trouve naturellement ici sa place. Par cet arrêt, dit M.

des Jaunaux, qui en détaille fort au long l'espèce & les circonstances, il a été jugé, que » père » & mère, quoique chargés de fidéicommis au » profit de leurs enfans, peuvent faire partage » entre eux, & même donner à l'un toute sa » part en héritages, & à l'autre toute la sienne » en argent, même sans devoirs de loi, pour le » regard des héritages de Tournai & du Tournésis, sans que les créanciers desdits enfans » puissent l'empêcher «.

Il y a dans la jurisprudence Françoise plusieurs questions intéressantes sur le cas où la Légitime d'un débiteur est substituée; on les trouvera discutées ci-après, section 7, §. 3.

SECTION QUATRIÈME.

En quels cas y a-t-il ouverture à la demande de la Légitime?

On ne peut régulièrement demander une Légitime, que quand le défunt a fait des donations entre vifs ou testamentaires, qui par leur excès diminuent ou anéantissent la portion à laquelle on avoit un droit légal.

Nous disons *régulièrement*, parce que l'on a vu au commencement du §. 2 de la section précédente, un cas où, par une faveur extraordinaire, on admet cette demande contre les dispositions même de la loi. Mais cette exception introduite par des arrêts, doit être renfermée dans ses termes précis, & la proposition que nous venons d'établir n'en est pas moins constante.

De là il suit, que quand même on auroit plus d'avantage à prendre la qualité de légitimaire,

que celle d'héritier, on ne pourroit cependant pas le faire, si le défunt n'avoit pas disposé. Cette hypothèse n'est pas purement idéale; voici une espèce dans laquelle elle peut se présenter. Un homme meurt en pays de droit écrit, laissant pour héritiers présomptifs sa mère & trois frères germains; s'il avoit disposé, la mère pourroit demander sa Légitime, & elle prendroit à ce titre le tiers de tous les biens, comme on le verra ci-après, section 8, §. 1 : mais il est décédé *intestat*, & par ce moyen les frères concourant avec la mère, celle-ci se trouve réduite à un quart. Là-dessus on demande si elle peut répudier la succession & se tenir à un droit de Légitime. La négative ne souffre aucune difficulté; la Légitime est un remède extraordinaire, & par cette raison elle ne doit point avoir lieu quand la succession *ab intestat*, qui est une voie ordinaire, est ouverte; c'est précisément ce qui a été jugé au parlement de Toulouse, par arrêt du mois de juin 1578, rapporté dans le recueil de M. Maynard : » La » cour, dit ce magistrat, à notre rapport, adjugea » à la mère la quatrième partie *ab intestat* seule- » ment ès biens de son feu fils, & aux autres » trois frère & sœurs à chacun une quatrième, » les relaxant de la demande de Légitime faite par » leur mère «.

Par la même raison, il est évident que l'on ne seroit pas recevable à renoncer à la succession pour prendre la qualité de légitimaire, dans le cas où l'on auroit toute sa portion *ab intestat* en vertu des dispositions du défunt. La Peyrere rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux du mois d'août 1660, qui l'a ainsi jugé.

S'il y a quelques circonstances où la Légitime

eſt plus avantageuſe que la portion héréditaire, il en eſt au contraire une infinité d'autres où la portion héréditaire vaut beaucoup mieux que la Légitime; ainſi il importe de ſavoir ſi lorſque le défunt a diſpoſé au préjudice d'un fils, d'un père, ou d'un frère, dans les cas où ceux-ci ont droit de Légitime, c'eſt à l'exercice de ce droit que l'on doit ſe borner, ou ſi l'on peut prétendre toute la portion héréditaire.

Pour décider cette queſtion dans tous ſes points; il faut diſtinguer ſi les diſpoſitions dont il s'agit ſont conſignées dans un acte entre vifs ou dans un teſtament.

Les donations entre vifs dont le ſeul défaut eſt de préjudicier par leur excès à la part légale d'une perſonne qui a droit de Légitime, ne peuvent être révoquées de ce chef que juſqu'à concurrence d'une portion légitimaire, & elles doivent ſubſiſter pour le ſurplus, *ſans qu'il ſoit beſoin*, dit le Brun, *de diſtinguer entre les donations faites aux enfans ou aux étrangers, ni entre celles qui ſont frauduleuſes* re tantùm, *& celles qui le ſont* re & conſilio, *comme avoient fait Julius Clarus & Bartole.*

A l'égard des diſpoſitions teſtamentaires, il faut, ſuivant le dernier état de la juriſprudence Romaine, ſous-diſtinguer ſi celui qui a droit d'une Légitime eſt inſtitué dans cette portion, ou s'il ne l'eſt pas.

Dans le premier cas, il ne peut que demander la Légitime qui lui a été laiſſée, ou, ſi elle n'eſt pas complète, ſe pourvoir pour en obtenir le ſupplément.

Dans le ſecond cas, il peut intenter la querelle d'inofficioſité; & l'effet de cette action étant d'annuller l'inſtitution d'héritier, il prendra ſa portion

héréditaire, comme si le défunt étoit décédé sans faire de testament; mais les legs & les fidéi-commis particuliers ne laisseront pas de subsister, & il en payera sa quote-part.

Cette distinction est encore observée religieusement dans les pays de droit écrit, mais le droit coutumier l'a rejetée, & la querelle d'inofficiosité n'aboutit parmi nous qu'à procurer une Légitime à celui qui l'intente. Dans la foule des arrêts qui l'ont ainsi jugé, on peut en remarquer un du 13 juin 1663, rapporté au journal des audiences, & un autre du 12 mars 1764, rendu au sujet du testamement du sieur de la Poupliniere. Nous avons indiqué dans le §. 3 de la section précédente la raison de ce changement de jurisprudence.

Il y a cependant, comme nous l'avons observé au même endroit, certains cas où la querelle d'inofficiosité produit même parmi nous des effets aussi étendus qu'en pays de droit écrit. C'est ce qui arrive principalement lorsque le testateur a disposé par un mouvement de colère ou de haine, plutôt que par une volonté sincère de gratifier celui qu'il a institué. Voyez à l'article AB IRATO, quatre arrêts des 11 mars 1704, 9 mai 1712, 24 janvier 1725, & 11 février 1746, qui ont cassé en pareils cas toutes les dispositions. C'est pareillement, dit le Brun, » l'espèce d'un arrêt » de la grand'chambre du 15 juin 1617, qui » infirma pour le tout le testament d'une mère » qui, ayant une fille & des petits-fils, & étant » prévenue contre eux d'une juste aversion, avoit » légué tout son bien à l'église «.

On trouve aussi dans le journal du palais un arrêt du 31 mai 1680, qui, sans avoir égard au

teſtament par lequel un père grevoit un de ſes enfans d'une ſubſtitution univerſelle, même dans ſa Légitime, *ordonne que le grevé viendra à partage avec ſes frères & ſœurs, de tous les biens, ſans aucune charge de ſubſtitution.* Les frères & ſœurs objectoient cependant qu'ils devoient être quittes en donnant une Légitime pleine & entière; mais, dit le rédacteur du recueil cité, » on rapportoit pluſieurs pièces qui juſtifioient » qu'ils s'étoient emparés de l'eſprit du défunt; » qu'ils lui avoient inſpiré la haine & l'averſion » de leur frère; qu'en un mot ils avoient eux-» mêmes dreſſé le teſtament, & que leur père » n'y avoit apporté que ſa préſence & ſa ſigna-» ture; & la preuve la plus ſenſible de cette » ſuggeſtion étoit que l'acte dont il s'agiſſoit étoit » tout entier en leur faveur, & n'avoit pour prin-» cipal objet que leur utilité & leur avantage par-» ticulier «.

On tient encore pour conſtant que la réduction d'un enfant à ſa Légitime, eſt nulle, lorſqu'elle eſt motivée par une cauſe fauſſe ou injuſte. C'eſt ce qui a été jugé par deux arrêts du conſeil ſouverain de Brabant & du parlement de Flandre, rapportés, l'un par M. le comte de Winantz, l'autre par M. l'avocat-général Waymel du Parc.

Dans l'eſpèce du premier, une fille âgée de trente-deux ans avoit fait ſes ſommations reſpectueuſes à ſa mère pour lui faire donner ſon conſentement ou ſes motifs d'oppoſition au mariage qu'elle avoit envie de contracter; & ſur le refus de la mère de s'expliquer, elle avoit obtenu un jugement par défaut qui l'autoriſoit à ſe marier ſans courir le riſque de l'exhérédation, conformément

conformément au placard du 29 novembre 1623. Quelque temps après, la mère avoit fait son testament, & attendu que sa fille s'étoit mariée *par désobéissance, à son insçu, & malgré son opposition*, elle avoit déclaré la réduire à une portion légitimaire. La fille s'est pourvue contre cette disposition, comme fondée sur un faux motif : elle disoit qu'elle n'avoit point désobéi à sa mère, puisqu'elle n'avoit fait que profiter d'une faculté que lui accordoit la loi ; qu'elle ne lui avoit pas non plus caché son mariage, puisqu'elle l'avoit sommée judiciairement d'y consentir ; qu'enfin sa mère avoit gardé le silence sur ses sommations respectueuses, & que par conséquent on ne pouvoit pas dire qu'elle se fût opposée au mariage dont il s'agissoit. Par arrêt du mois de novembre 1711, le conseil souverain de Brabant a déclaré le testament nul quant à la réduction de la fille à une portion légitimaire, & a ordonné qu'elle viendroit à partage avec ses frères & sœurs.

Dans la seconde espèce, la veuve Lasserée étoit débitrice envers le sieur Grebert, son gendre, de trois lettres de change, dont le montant formoit une somme de vingt-cinq mille livres. Elle a fait son testament le 9 décembre 1720, & par cet acte elle a déclaré que sa dette envers le sieur Grebert étoit supposée ; qu'en conséquence il seroit tenu de les remettre à ses héritiers ; que sinon elle le privoit de la tutelle de ses enfans, & qu'elle réduisoit ceux-ci à leur Légitime. Le sieur Grebert a demandé la nullité de ces dispositions ; & la cause portée au parlement de Flandre, M. Waymel du Parc a dit : » Les enfans du sieur » Grebert ne peuvent être réduits à leur Légitime, » supposé que leur père ne veuille pas remettre

» aux autres héritiers les lettres de change mentionnées dans le teſtament de leur aïeule, à moins que les héritiers ne puiſſent prouver qu'il eſt tenu, ſelon droit & juſtice, de les remettre, parce que ſi c'eſt une choſe injuſte que la teſtatrice prétend en ce point, il ne peut être raiſonnable que ſes petits-enfans ſoient réduits ſous ce prétexte à leur Légitime ..... Il eſt vrai qu'elle pouvoit, ſans alléguer aucune cauſe, ne leur laiſſer autre choſe dans la ſucceſſion que leur Légitime ; mais dès-là qu'elle allègue une cauſe, il faut que cette cauſe ſoit juſte, pour que ſa diſpoſition puiſſe ſubſiſter .... d'autant plus qu'il n'eſt pas au pouvoir des enfans du ſieur Grebert, d'obliger leur père à rendre les lettres, & que, s'il peut y être obligé, c'eſt une action qui reſte ouverte aux héritiers de la maiſon mortuaire pour l'y contraindre en juſtice «. Ces raiſons ont produit l'effet que l'on devoit en attendre. Par arrêt du 4 février 1721, *la cour trouvant la cauſe ſur les demandes dudit Grebert ſuffiſamment conteſtée, & y faiſant droit, a déclaré & déclare les clauſes de nomination de tuteur des perſonnes deſdits Caſtelain & le Pot, & celles concernant la réduction des enfans dudit Grebert à leur Légitime, contenues audit teſtament, nulles & de nul effet.*

SECTION CINQUIÈME.

Comment ceux qui ont droit de Légitime peuvent-ils en être exclus ?

Les cauſes pour leſquelles on peut demander ſi les perſonnes qui ont droit de Légitime en ſont

valablement excluſes, ſont l'exhérédation, l'indignité, la renonciation, la ſubſtitution pupillaire, le défaut d'inventaire, & la preſcription.

§. I. *De l'exhérédation.*

Il eſt certain que l'exhérédation, lorſqu'elle eſt fondée ſur l'une des cauſes autoriſées par les loix, exclut celui qui l'a encourue de tout droit de Légitime ; mais cette excluſion ne s'étend pas toujours à la perſonne de ſes enfans. Voyez ce qu'a dit là-deſſus M. la Forêt, au mot EXHÉRÉDATION, tome 24, page 203.

§. II. *de l'indignité.*

Nous avons établi au commencement de la ſection 3, que l'incapacité de ſuccéder emporte celle de prétendre une Légitime ; voyons ſi l'on peut attribuer le même effet à l'indignité.

On connoît les différences qui exiſtent dans le droit Romain entre un incapable & un indigne ; elles ſont toutes renfermées dans celle-ci ; un incapable ne peut pas ſuccéder, l'indigne au contraire ſuccède ; mais il ne peut pas conſerver la ſucceſſion dont il eſt ſaiſi.

Ainſi notre queſtion ſe réduit à ſavoir ſi la privation dont on punit l'indigne, s'étend juſqu'à la portion légitimaire.

Peregrini ſoutient l'affirmative, ſur le fondement que la Légitime eſt une partie de ce que l'on auroit *ab inteſtat*, & que par conſéquent on doit être privé de la Légitime toutes les fois qu'on l'eſt de la ſucceſſion. Cet avis eſt même autoriſé par deux textes du droit Romain ; la

loi 21, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, décide que l'on doit adjuger au fisc la Légitime du patron qui a négligé de venger la mort de son affranchi, *portionesque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspectò decedentium non defenderunt.* La loi 26, D. *de lege Corneliâ de falsis*, ôte au fils qui a supprimé le testament de son père toute l'hérédité à laquelle il étoit appelé, *justissimè tota hereditas paterna heredi ejus eripitur.* Les mots *tota hereditas*, paroissent trop généraux pour ne pas comprendre la Légitime qui fait partie des biens de l'hérédité. Il y a même dans le recueil de la Rocheflavin un arrêt du parlement de Toulouse du 7 août 1584, qui a privé une mère remariée dans l'an du deuil, de sa Légitime dans les biens de son fils décédé avant elle, parce que, suivant la jurisprudence de cette cour, elle étoit indigne de lui succéder. C'est ce qui a encore été jugé contre un père par arrêt du même parlement du 3 avril 1628, rapporté dans les questions notables de M. d'Olive : on voit par les raisons qu'en donne ce magistrat, que les juges se sont uniquement fondés sur le principe que l'on ne peut pas être légitimaire lorsque l'on est incapable d'être héritier. » Si nous trouvons, dit M. d'Olive, deux » ou trois cas dans le droit nouveau où cette » règle n'est pas observée, c'est parce qu'il y a » constitution expresse, qui, par un pouvoir ab- » solu, a dérogé au droit commun en ces hypo- » thèses «. C'est aussi sur ce fondement qu'un arrêt du parlement de Bordeaux du 13 août 1583, rapporté par Papon, a jugé, que *le droit de Légitime obvenu à la mère de la succession de ses enfans du premier lit, étoit sujet à réversion*,

par son convol à de secondes noces, & devoit être parti également entre tous les enfans dudit lit.

» Nonobstant ces raisons & ces autorités (c'est » Furgole qui parle), je pense que cette ques» tion doit être résolue par cette distinction : ou » l'indignité procède d'une des causes d'ingrati» tude pour lesquelles le légitimaire peut être ex» hérédé, du nombre de celles qui sont expri» mées dans la novelle 115, ou elle procède d'une » autre source. Au premier cas, le légitimaire doit » être privé de l'hérédité & de la Légitime; mais » au second cas, il peut retenir la Légitime; il » transmet même à ses héritiers le droit de la » retenir & de la détraire sur l'hérédité qui leur » est ôtée.

» Les raisons de cette distinction sont parce » que l'héritier qui a droit de prendre la Légi» time, tombant dans quelqu'un des cas auxquels » il peut être exhérédé comme ingrat, & devant » être privé de la Légitime, tout comme du » reste de l'hérédité, suivant la disposition de la » novelle 115, on ne peut pas lui conserver la » Légitime, sans contrevenir à l'esprit de cette » novelle; mais si l'indignité procède d'une autre » cause, elle ne doit pas comprendre la Légitime, » parce qu'il n'y a que les cas marqués dans cette » novelle, où l'on puisse faire perdre la Légitime » à ceux auxquels la loi l'attribue, & tous les autres » cas sont nommément exclus par la disposition » expresse de cette novelle, chapitre 3; car après » que l'empereur a dit que les différentes causes » d'ingratitude pour lesquelles on pouvoit faire » perdre sa Légitime, étoient dispersées dans les » loix anciennes, & qu'elles n'étoient pas même

» assez clairement expliquées, il fait le choix de
» celles qui lui ont paru justes ; il y ajoute celles
» qui avoient été omises dans les loix précédentes,
» & qui méritoient d'être placées au rang des
» autres ; & défend expressément d'avoir égard à
» celles qui ne seroient pas exprimées dans la
» nouvelle loi : *Ideò necessarium esse perspeximus*
» *eas nominatìm præsenti lege comprehendere*, *ut*
» *præter ipsas nulli liceat ex aliâ lege ingratitu-*
» *dinis causam opponere*, *nisi quæ in hujus cons-*
» *titutionis serie continentur.* Il n'est donc pas
» possible d'étendre dans quelque autre cas la
» privation de la Légitime, nonobstant l'opinion
» de quelques interprètes qui ont pensé que l'ex-
» hérédation pouvoit être faite pour d'autres causes,
» quand elles sont aussi graves que celles qui sont
» exprimées dans la novelle ; car cette opinion est
» insoutenable & téméraire, parce qu'elle est vi-
» siblement contraire à la défense de la loi, à
» laquelle les interprètes n'ont pas fait assez d'at-
» tention «.

Il faut convenir qu'il y a dans cette opinion une apparence de solidité qui séduit & entraîne à la première vue : on peut même l'appuyer du chapitre 1 de la novelle 1, qui, en privant de la succession l'héritier institué qui refuse d'accomplir la volonté du défunt dans l'année de sa mort, lui réserve expressément la Légitime, lorsqu'il est du nombre de ceux à qui cette portion est due. On trouve aussi dans Basset, tome 1, livre 5, titre 1, chapitre 3, un arrêt du parlement de Grenoble, qui a conservé la Légitime à un fils, quoiqu'il fût déclaré indigne de la succession paternelle, pour avoir supprimé & brûlé le testament de son père, afin d'anéantir une substitution dont il étoit chargé

par cet acte. M. Favre nous fournit un arrêt semblable rendu au sénat de Chambéry en 1588, dans l'espèce d'une mère qui s'étoit rendue indigne de la succession de son fils mineur, en passant à de secondes noces, sans au préalable lui avoir fait nommer un tuteur.

Les objections que l'on oppose ne sont pas sans réponse. D'abord on ne peut pas argumenter de l'incapacité à l'indignité : il est vrai que l'incapable n'a point de Légitime à prétendre, mais c'est parce que l'on ne peut feindre un seul instant où la succession repose sur sa tête. Il en est tout autrement de l'indigne ; il succède réellement, & ce n'est qu'après coup qu'on le prive de l'hérédité ; il n'y a donc point d'inconséquence à lui permettre de retenir une Légitime ; car il est plus facile de conserver une partie d'un tout que l'on perd, que d'acquérir une partie d'un tout que l'on n'a jamais eu.

Quant aux loix 21, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, & 26 D. *de lege corneliâ de falsis*, Furgole répond, » qu'elles ne font rien contre sa » distinction par deux raisons ; la première, parce » qu'il y a une grande différence à faire entre la » Légitime due au patron, qui procède du bénéfice » de la loi, & celle qui est due aux descendans » ou ascendans, même aux collatéraux en cer- » tains cas, parce qu'elle leur appartient de droit » naturel, suivant la novelle 1, §. 2 de la pré- » face ; la seconde, parce que la novelle 115, » chapitre 3, corrige & abroge expressément » toutes les autres loix qui avoient introduit » ou établi des causes d'ingratitude, pour faire » perdre la Légitime, autres que celles qui sont » exprimées dans cette novelle. Voilà pourquoi

» la loi 26, D. *de lege corneliâ de falsis*, subsiste
» bien pour ce qui regarde l'indignité & la pri-
» vation de l'hérédité, mais non pour la priva-
» tion de la Légitime, parce que la suppression
» du testament du père n'est pas comprise dans
» la novelle 115 au nombre des causes qui
» doivent faire perdre la Légitime «.

Tout cela est très-spécieux ; cependant la distinction de Furgole n'est pas soutenable, & il faut dire généralement, ou que l'indignité exclut de la Légitime, de quelque cause qu'elle provienne, ou qu'elle ne forme jamais d'obstacle à l'exercice de ce droit. En effet, il n'y a aucun rapport entre les causes d'indignité déterminées par les loix antérieures à la novelle 115, & les causes d'ingratitude que cette novelle a fixées : l'indignité produit son effet seule & sans le concours de la volonté de l'homme ; l'ingratitude au contraire n'opère rien d'elle-même, & elle n'emporte aucune privation, à moins que le testateur n'ait déclaré & motivé sa volonté à ce sujet. C'est ce que porte expressément le chapitre 3 de la novelle 115, *nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatìm ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*. Ainsi il faudroit dire, en admettant le parallele qu'établit Furgole entre les causes d'indignité & celles d'ingratitude, qu'il n'y en a aucune des premières qui puisse exclure de la Légitime, si elle n'est exprimée dans le testament du défunt ; ce qui ne s'accorderoit pas même avec le systême de cet auteur.

On ne peut donc prendre sur ce point qu'un parti général ; & pour peu que l'on fasse attention aux principes de la matière, on ne manquera

pas de donner la préférence à l'opinion de Peregrini, consacrée par trois arrêts des parlemens de Toulouse & de Bordeaux. Nous l'avons déjà dit, la Légitime n'a été introduite que comme un remède contre les libéralités excessives & inofficieuses des testateurs, & l'on ne peut régulièrement la demander que quand on se trouve privé par ces dispositions de la part à laquelle on étoit appelé par la loi. Il y a à la vérité quelques exceptions à ce principe, mais elles sont établies sur des loix expresses, & elles ne peuvent être étendues hors de leurs cas précis. Qu'une mère, dans la coutume de Toulouse, puisse détacher une Légitime de la succession *ab intestat* de ses enfans; qu'un puîné, dans la coutume de Paris, soit recevable à demander une Légitime sur le préciput de l'aîné, lorsqu'il ne se trouve pas d'autres biens dans l'hérédité; que les enfans d'un condamné à mort soient admis par les loix Romaines à distraire une certaine portion du patrimoine de leur père adjugé au fisc, ces trois exceptions, dont la première est établie ci-dessus, & les deux autres ci-après, n'ont rien que de naturel, de favorable, de conforme à l'équité. Mais qu'on les étende sans l'autorité expresse du législateur à celui qui s'est rendu volontairement indigne de succéder à son père, à son fils, à son frère, c'est ce que la raison désavoue, & que l'on ne sauroit tolérer sans blesser ouvertement tous les principes de justice.

D'ailleurs Furgole convient que l'incapacité de succéder exclut de la Légitime celui qui en est frappé. Or, nous n'avons pas admis dans notre jurisprudence la distinction que font les loix Romaines entre l'indigne & l'incapable; nous tenons

au contraire pour constant qu'il n'y a entre l'un & l'autre aucune différence. C'est ce que prouve cette note de M. Espiard sur le Brun : » Nous » ne distinguons plus en France, même dans les » pays de droit écrit, les indignes des incapa- » bles : le seul intérêt du fisc avoit établi cette » différence «.

Trois arrêts solemnels viennent à l'appui de cette assertion. Par le premier, rapporté sans date dans le recueil de M. de Catelan, » il fut jugé, » dit ce magistrat, que l'on confond aujourd'hui » les indignes & les incapables, & que l'on ne » fait plus une différence que le seul intérêt » du fisc, qui ne subsiste plus, avoit établie «.

La fameuse marquise de Brinvilliers avoit empoisonné son père & ses frères ; elle avoit recueilli leurs successions, & en avoit joui jusqu'au moment de sa mort ; mais l'arrêt de sa condamnation, qui est du 6 juillet 1676, l'en a déclarée déchue du jour de ses crimes.

Le Roi de Valines avoit empoisonné son père, sa mère & son oncle : plusieurs arrêts avoient adjugé des réparations pécuniaires aux parens de ce dernier, & ils prétendoient les prendre sur la succession du père : la demoiselle de Chartrouville, tante du coupable, s'y opposoit, comme étant devenue la seule héritière de son frère au moment du crime. Chez les Romains, disoit-elle, on feignoit que l'indigne avoit succédé, parce que ce prétexte étoit nécessaire pour adjuger la succession au fisc ; parmi nous, c'est toujours le plus proche parent après l'indigne qui succède ; nous ne devons donc pas distinguer l'indignité de l'incapacité. Ces raisons ont prévalu. Par arrêt du 12 février 1766, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général

de Barentin, la cour a déclaré que le Roi de Valines avoit été indigne des successions de son père & de sa mère, du jour de leur mort, & qu'elles avoient passé immédiatement sur la tête des collatéraux les plus proches.

§. III. *De la renonciation.*

Dans nos usages, la renonciation peut être légale ou contractuelle; & lorsqu'elle est contractuelle, elle peut être expresse ou tacite. Voyons si dans ces différentes hypothèses elle est exclusive de la Légitime.

De la renonciation légale.

Nous appelons renonciation légale, celle qui s'opère dans la personne des filles par leur mariage; on la qualifie plus communément d'exclusion coutumière.

Les coutumes qui ont admis cette renonciation, s'accordent presque toutes à décider que l'exclusion qui en résulte par rapport à l'hérédité, s'étend jusqu'à la Légitime.

Celle de Normandie porte, article 250, que » le père & la mère peuvent marier leur fille de » meuble sans héritage, ou d'héritage sans meu- » ble, & si rien ne lui fut promis lors de son » mariage, rien n'aura «. L'article 253 ajoute: » Fille mariée ne peut rien demander à l'héritage » de ses antécesseurs, fors ce que les hoirs mâles » lui donnèrent & octroyèrent à son mariage «.

La coutume d'Auvergne dit, article 35 du chapitre 12, que *la fille forclose des successions de ses père, mère, aïeul ou autre ascendant*, par

l'établissement qu'ils lui ont procuré en la mariant, *ne peut demander Légitime ne supplément d'icelle.*

L'article 236 de la coutume de la Marche, & l'article 345 de celle de Bourbonnois, contiennent absolument la même disposition & dans les mêmes termes.

Celle de Poitou, article 220, s'exprime ainsi : » Quand père ou mère, aïeul ou aïeule, ou l'un » d'eux, nobles ou de noble condition, marient » leur fille ou nièce en droite ligne, & en faveur » dudit mariage lui donnent de leurs biens quelque » chose que ce soit, *encore qu'elle ne valût sa » légitime portion*, ladite fille ou nièce est excluse » de ladite succession ; c'est à savoir de celle de » celui qui ainsi l'a mariée & dotée de ses biens «.

Les coutumes de Touraine, art. 284 ; d'Anjou, art. 241 ; du Maine, art. 258 ; & du Lodunois, chap. 27, art. 26, décident clairement la même chose, en disant que la fille mariée & dotée est excluse de la succession de celui qui a constitué sa dot, *ne lui eût-on donné qu'un chapel de roses.*

Celle de Toulouse porte, partie 3, titre 1, article 5 : *Si aliquis pater maritaverit vel dotaverit filiam vel filias suas . . . illa filia seu filiæ maritatæ ab ipso patre & dotatæ, non possunt, ipso patre mortuo, de bonis dicti patris aliquid petere.*

Mais la coutume de Nivernois en dispose tout autrement. Voici comme elle s'explique, chapitre 23, article 24 : » Fille mariée & apanée ou » dotée par père & mère vivans, ou l'un d'eux, » avec le consentement précédent ou subséquent » de l'autre, ne peut retourner à la succession » desdits père & mère, ni de l'un d'eux, tant » qu'il y aura hoir mâle, ou hoir descendant de » mâle, soit mâle ou femelle, s'il n'y a conve-

» nance au contraire par le contrat de mariage : & » ne peut ladite fille impugner ladite donation & » apanage, par quelque manière que ce soit, *sauf* » *par supplément de sa Légitime, eu égard à sa-* » *dite dot & apanage ; & aux biens de sesdits père* » *& mère delaissés par leur décès* «.

Cette décision est directement contraire à celle des autres coutumes citées, & il ne peut en résulter de difficulté lorsque l'on se trouve dans les territoires respectifs de ces loix. Mais quel parti doit-on prendre dans les coutumes muettes, telles que celle de Bourgogne, qui exclut les filles dotées de la succession, sans parler expressément de la Légitime ? Bouvot rapporte un arrêt rendu au parlement de Dijon le 7 décembre 1574, qui a étendu à cette coutume la disposition de celle de Nivernois ; & il paroît, par un arrêt du 25 juin 1567, rapporté par la Rocheflavin, que le parlement de Toulouse s'y est aussi conformé.

On ne peut néanmoins disconvenir que l'opinion contraire ne soit plus exacte : c'est un principe constant & démontré ci-dessus, section 3, que l'exclusion légale du droit de succéder forme régulièrement obstacle à la demande d'une Légitime : pour faire cesser ce principe dans notre espèce, il faudroit une loi particulière qui y dérogeât : or, nous supposons les coutumes muettes sur la question, conséquemment c'est par les maximes générales qu'il faut la décider.

Il suffit d'ailleurs de pénétrer le motif qui a déterminé ces coutumes à exclure les filles dotées, pour sentir que leur disposition ne porte pas moins sur la Légitime que sur la portion héréditaire. Ce motif est que la piété paternelle est toujours présumée pourvoir suffisamment aux besoins des enfans,

& que la fille eſt bien dédommagée de ſon excluſion par l'établiſſement que ſon père lui forme, par la communauté de biens qu'il lui donne occaſion de contracter avec celui à qui elle unit ſon ſort, & par le douaire dont il lui procure l'expectative certaine, en cas qu'elle ſurvive à ſon mari. C'eſt la raiſon que rend d'Argentré des diſpoſitions de ſa coutume ſur ce point : *Feminæ ex matrimonio communionem bonorum mobilium & conquæſtuum conſequuntur, cum doario tertiæ partis bonorum mariti, & ſic ſatisfactum eſt humanitati & officio paterno, ſi iſta tanta filia à patris curâ eſſet conſecuta.* Baſnage dit également : » La loi impoſe » ſilence à la fille, parce que la loi préſume que » *pietas paterna conſilium capit pro liberis*; il » ſuffit à la fille que ſon père l'ait pourvue par un » mariage «. D'ailleurs, ajoute Guillaume de la Champagne, » ſi les filles ſe marient ſans biens » ou ſeulement avec un bien médiocre, le ſort de » toutes les filles d'une province étant égal, elles » n'en ſont pas moins bien pourvues; car les » hommes qui ont ſeuls tous les biens de leurs » familles étant tous riches, prennent les femmes » pour leur vertu «.

Si dans l'eſprit de ces coutumes le père a rempli, en mariant ſa fille, tous les devoirs que lui impoſoit la nature, il eſt clair qu'il ne lui doit plus rien, & qu'elle n'eſt pas moins exclue de la demande en ſupplément de Légitime, que du droit de ſuccéder *ab inteſtat.*

Cela eſt d'ailleurs ſans difficulté pour la coutume de Bretagne : il eſt vrai que l'article 557 de cette loi porte ſimplement, que » les filles mariées par » père noble ne pourront demander autre plus » grand partage que celui que leur aura fait leur

» père, mariage faisant, encore qu'elles fussent » mineures & qu'elles n'eussent renoncé, pourvu » qu'elles fussent duement apanagées « Mais le silence que paroît garder ce texte sur la demande en supplément de Légitime, est suppléé par l'article 225 de l'ancienne coutume de la même province; voici comme il est conçu : » Et si en ma- » riant ses filles il leur donnoit moins de leur » droit, elles n'en devroient plus avoir, pourvu » qu'elles fussent suffisamment apanagées «. D'Argentré explique ainsi les mots MOINS DE LEUR DROIT, *id est minùs legitimâ portione, habito respectu ad numerum liberorum & bona quæ habet donator tempore mortis.*

Il faut cependant remarquer une différence que présentent entre elles les coutumes qui excluent les filles mariées : les unes, telles que Normandie & Auvergne (*), ne distinguent point le cas où la fille n'a rien reçu en se mariant, de celui où elle a été dotée convenablement. Dans l'un comme dans l'autre, elles la privent de tout droit successif. Les autres, telles que Bretagne, Bourgogne & Bourbonnois, exigent formellement que la fille ait été dotée ou *suffisamment apanagée*, pour que l'exclusion ait lieu. C'est aussi la disposition implicite des quatre coutumes qui semblent obliger la fille à se contenter d'un chapeau de roses, car il ne faut pas les entendre à la lettre; témoins ces termes de la coutume de Lodunois, *suffisamment*

(*) La coutume d'Auvergne n'est cependant pas aussi générale que celle de Normandie, car elle excepte le cas où la fille seroit *mariée en premières noces en la maison de sesdits père & aïeul, ou de l'un d'eux, sans constitution de dot.*

apanée & qui a eu don de mariage, & ceux-ci des coutumes d'Anjou & du Maine, *emparagée noblement*.

» L'esprit de ces coutumes est donc (suivant » Guillaume de la Champagne), que jamais une » fille ne puisse renoncer ni expressément, ni ta- » citement, à la totalité de sa Légitime à écheoir; » mais seulement à son supplément quand la » dot ne l'égale pas; & alors pour juger de la » validité de sa renonciation, il faut savoir s'il » lui en manque peu ou beaucoup, pour la dé- » bouter au premier cas, la différence qui se » trouve entre elle & ses frères étant alors trop » peu considérable pour faire troubler des ma- » riages contractés à la faveur d'avantages si mo- » diques, qu'on ne peut raisonnablement les re- » fuser au privilége de la masculinité. Mais au » second cas, il y auroit de l'équité à lui accorder » le supplément qu'elle demande, n'étant ni juste » ni raisonnable de voir languir dans l'indigence » & la détresse des filles dont les frères seroient » riches & opulens. Mais comme ce plus ou » moins qui donne lieu à cette action en sup- » plément de Légitime dépend des circonstances » du fait, il doit être laissé à l'arbitrage & à la » prudence d'un juge sage & éclairé pour le » régler «.

Cette doctrine peut être regardée comme le droit commun des coutumes d'exclusion : elle est adoptée de point en point par M. le président Favre, & ce magistrat la confirme par une résolution du sénat de Chambéry du 23 novembre 1590.

Nous venons de voir que les coutumes de Normandie & d'Auvergne excluent de la Légi- time

time la fille mariée sans dot, par la raison que les père & mère sont censés avoir suffisamment pourvu à son établissement. De-là naît la question de savoir si l'exclusion doit avoir lieu, lorsque la présomption qui en forme la base ne peut pas raisonnablement être admise. Par exemple, une mère convole à un second mariage; quelque temps après il se présente un parti pour une de ses filles; elle la marie, mais ne lui donne rien: cette fille pourra-t-elle prétendre une Légitime dans la succession de sa mère? Basnage rapporte un arrêt du parlement de Rouen du 27 juin 1681, qui a jugé pour l'affirmative. Le défenseur de la fille disoit, » que quand la coutume » avoit laissé la liberté aux pères & aux mères » de marier leurs filles sans leur donner rien; » elle avoit présumé que la piété paternelle & » maternelle les porteroit à s'acquitter de leur » devoir, & à faire tout ce qui seroit nécessaire » pour l'avantage de leurs enfans; mais que l'on » ne pouvoit avoir cette pensée d'une mère, lorsqu'elle avoit passé sous les loix d'un second » mari, parce qu'ordinairement les secondes affections effaçoient les premières «.

Il semble qu'il en devroit être de même lorsque la fille s'est mariée sans le consentement de son père; mais il y a trois arrêts des 31 juillet 1636, 16 mars 1645 & 3 février 1650, qui en pareil cas ont donné un entier effet à l'exclusion légale; & cela, dit Basnage, » parce que » la rebellion & le mépris de la fille ne lui doit » point être avantageux; que si, même quand elle » s'est tenue dans un état de respect & d'obéissance, elle ne peut rien demander après avoir » été mariée par son père, il est bien plus juste

» & plus conforme à l'honnêteté publique de lui » dénier toute action, lorsqu'elle s'est mariée sans » son agrément «.

Si cependant le père avoit ratifié le mariage & s'étoit réconcilié avec sa fille, celle-ci pourroit prétendre, sinon une Légitime entière, au moins une dot proportionnée à la fortune du père. Basnage rapporte un arrêt du 3 décembre 1671, qui, en réformant dans cette espèce une sentence par laquelle on avoit accordé un mariage avenant à la fille, lui a adjugé une somme égale à celle que le père avoit donnée à une autre fille en la mariant.

Il peut arriver qu'un père ait des biens dans une coutume d'exclusion légale, & dans une autre où ni le mariage ni la dot ne privent la fille de son droit de Légitime. Dans ce cas, il ne faut point s'attacher à la loi du domicile, mais à celle de la situation, parce que le droit de Légitime est réel, comme on le verra plus particulièrement ci-après, section 6. Ainsi, en quelqu'endroit qu'une fille ait été mariée & dotée, si son père a des biens à Paris & en Bretagne, elle n'aura plus rien à réclamer dans la coutume de Bretagne; mais on ne pourra pas lui ôter sa Légitime dans celle de Paris. (Voyez ci-après, section 8, §. 3, seconde classe des choses sujettes à l'imputation).

De la renonciation expresse.

Pour traiter avec toute la clarté nécessaire les questions que présente cette matière, il faut distinguer si la renonciation dont il s'agit a été faite avant l'échéance de la Légitime, ou après.

La loi 35, §. 1, C. *de inofficioso testamento*, renferme une décision précise sur le premier cas : elle porte, que si un enfant a reçu une donation de son père, sous la condition expresse de ne point arguer son testament d'inofficiosité après sa mort, ce pacte ne l'empêchera point d'exercer tous ses droits (*).

Il résulte au moins de ce texte une conséquence indubitable pour nos usages, c'est que la renonciation à une Légitime non échue, n'est d'aucun effet lorsqu'elle est stipulée par un acte ordinaire.

Mais peut-on l'appliquer aux renonciations faites par contrat de mariage moyennant une dot ? C'est un point sur lequel notre jurisprudence n'est pas uniforme.

Le parlement de Toulouse distingue la renonciation à l'hérédité ou à tous droits successifs, de la renonciation à la Légitime nommément. Il juge que la première ne comprend pas le supplément de Légitime, & que par conséquent elle n'empêche pas d'en former la demande pendant trente ans, à compter du jour de la mort du père ; & à l'égard de la seconde, il admet les enfans qui l'ont faite, à s'en relever par lettres de rescision qu'ils doivent obtenir dans les dix ans. C'est ce

(*) Illud etiam sancimus, ut si quis à patre certas res vel pecunias accepisset & factus fuisset quatenùs de inofficioso querelâ adversùs testamentum paternum minimè ab eo moveretur, & posthabitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit judicium, sed oppugnandum putaverit; vetere jurgio exploso, hujusmodi pacto filium minimè gravari, secundùm Papiniani responsum, in quo definivit meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos quàm pactionibus adstringendos.

qu'atteſtent la Roche & Graverol, au mot *Légitime*, page 200; M. de Cambolas, livre 6, chapitre 30; Boutaric ſur l'article 35 de l'ordonnance de 1731; l'auteur du journal du palais de Toulouſe, tome 1, page 299.

Le ſénat de Chambéry a adopté le même ſentiment, excepté néanmoins qu'il exige toujours des lettres de reſciſion de la part de l'enfant qui a renoncé, ſans diſtinguer ſi la renonciation ne porte que ſur l'hérédité en général, ou ſi elle comprend ſpécialement la portion légitimaire. M. le préſident Favre rapporte pluſieurs arrêts de cette cour qui l'ont ainſi jugé.

Nous avons pluſieurs coutumes qui autoriſent formellement cette juriſprudence. Celle de Sens porte, article 267 : » Père & mère peuvent en » mariant leurs enfans leur donner pour tous » droits ſucceſſifs ce que bon leur ſemble, & les » faire renoncer à leurs ſucceſſions futures : la- » quelle renonciation vaudra & tiendra, pourvu » que la Légitime leur ſoit gardée; autrement » pourront être relevés de ladite renonciation » par eux faite .... pour laquelle Légitime on » aura égard au temps du décès deſdits père & » mère «.

» En contrat de mariage des enfans, les père » ou mère leur peuvent donner de leurs héritages » & biens, pour leurs parts & portions, ce que » bon leur ſemblera; & moyennant ce, leur faire » renoncer à leurs futures ſucceſſions & échoites, » au profit des autres enfans .... Toutefois ſi » par ledit contrat de donation à eux faite, ils n'ont » leur entière Légitime, ayant regard au temps » de la mort du père ou de la mère, ils pour- » ront agir & demander le ſupplément d'icelle «. (Berry, titre 19, articles 33 & 34).

» Homme & femme, tant nobles que roturiers, » ayant plusieurs enfans, peuvent marier aucuns » de leurs enfans, & donner héritages ou meu- » bles, tels qu'ils verront être à faire, en renon- » çant à la succession de leursdits père & mère, » & vaut & tient telle renonciation, sans ce que » lesdits enfans puissent plus retourner à la suc- » cession de leursdits père & mère; pourvu que » la chose ainsi donnée *ne reviensist* (*) jusqu'à » la Légitime; car autrement en rapportant pour- » roient revenir à la succession «. (Montargis, chapitre 12, article 1.)

Mais si ces coutumes favorisent l'opinion adoptée par le parlement de Toulouse & le sénat de Chambéry, il y en a en revanche plusieurs autres qui la rejettent expressément.

» Si le père a baillé dot à sa fille, & au con- » trat de mariage elle renonce aux biens pater- » nels avec serment, soit majeure ou mineure, » ne pourra venir à la succession de son père, » ne demander supplément de Légitime, sinon » que le père en ordonnât autrement «. (Bordeaux, article 67.)

» La fille doit se contenter de ce qui lui a » été donné en mariage par père, mère, aïeul ou » aïeule.... si par le moyen dudit don elle a » renoncé à la succession du donnant, encore » qu'elle fût mineure «. (Péronne, article 206.)

On peut mettre dans la même classe les coutumes d'exclusion légale, telles que Bourbonnois, Auvergne, Poitou, Maine, Anjou, &c.; car si

---

(*) *Id est*, sauf si cela ne montoit jusqu'à la Légitime. (*Note de Dumoulin.*)

elles attribuent à une renonciation forcée la vertu d'exclure la fille mariée de toute demande en supplément de Légitime, à plus forte raison doivent-elles donner le même effet à une renonciation contractuelle : aussi en trouvons-nous une disposition expresse dans la coutume d'Anjou, article 244, & dans celle du Maine, article 261.

Telle est aussi la jurisprudence du parlement de Paris pour toutes les coutumes muettes, & même pour les provinces de droit écrit qui se trouvent dans son ressort. C'est ce que prouvent neuf arrêts émanés de cette cour.

Le premier, dit M. Louet, a été » solemnellement donné le 7 septembre 1532, entre » Guy de Maillé, sieur de Brezé, & Jacques de » Louan, sieur de Nogent, encore que l'on allé» guât lésion plus que de la moitié «.

Le second est rapporté sans date par Dumoulin sur la coutume de Berry, titre 19, article 34: » Ès termes de cette coutume, une fille qui avoit » clairement prouvé la lésion en la Légitime, » fut déboutée de supplément par arrêt; mais si » elle avoit été mariée & renoncé depuis cette » nouvelle coutume, l'arrêt seroit inique «.

Le troisième est du 5 avril 1569 : Brodeau nous apprend qu'il a été donné en la quatrième chambre des enquêtes, *quatre de Messieurs des autres chambres y assistant pour la conséquence*; qu'on l'a ensuite prononcé en robes rouges, & qu'il a infirmé une sentence du bailliage de Forez, pays de droit écrit.

Le quatrième est du 22 décembre 1574. M. Roussilhe qui le rapporte, observe que » M. le » président de Thou déclara après la prononcia» tion, que la fille qui avoit renoncé par contrat

» de mariage aux successions de ses père & » mère vivans, moyennant certaine somme, étoit » forclose perpétuellement des successions, soit » entre nobles ou roturiers, en pays de droit écrit » ou coutumiers, quoiqu'elle fût mineure lésée & » n'eût sa Légitime «.

Le cinquième a été rendu le 13 avril 1585, & prononcé en robes rouges le 7 juin suivant. L'espèce étoit particulière. Un père & une mère riches de plus de trois cent cinquante mille livres, avoient marié leur fille & lui avoient constitué une dot de quatre mille huit cents livres *pour tous droits successifs tant paternels que maternels* : la fille avoit reçu cette somme, & par sa quittance avoit renoncé expressément aux successions de ses père & mère : après leur mort, elle prit des lettres de rescision pour se faire adjuger un supplément de Légitime. Sa cause étoit des plus favorables ; c'étoit à l'âge de douze à treize ans qu'elle avoit été mariée ; depuis, ses père & mère avoient tellement augmenté leur fortune, que leur succession montoit à environ six cent mille livres ; enfin sa renonciation n'étoit point écrite dans le contrat de mariage, mais dans la quittance de sa dot, postérieure à la célébration. » Mais, dit » Brodeau, on répondoit que la quittance n'é» toit que l'exécution du contrat, lequel conte» noit une taisible renonciation ; & en conséquence » de ce, elle fut déboutée du supplément de Lé» gitime par elle requis «. Cet arrêt est confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Lyon.

Le sixième a été donné le 18 août 1604, » nonobstant que la renonciation dont étoit ques» tion eût été faite en l'an 1551, auparavant

» les arrêts, & un temps auquel la jurisprudence » étoit fort incertaine pour la résolution de cette » question «. Ce sont encore les termes de Brodeau.

Le septième est du 28 mars 1605; le huitième du 18 mai 1609; le neuvième du 14 juillet 1635. Ils sont rapportés par le même auteur.

Il y en a cependant un du 30 avril 1622, qui paroît avoir jugé le contraire; mais la contrariété n'est qu'apparente. Il s'agissoit d'une renonciation faite par une fille mineure à une succession située en partie dans le Languedoc, & en partie dans la coutume d'Auvergne. On a vu tout-à-l'heure que le parlement de Toulouse avoit toujours adjugé le supplément de Légitime aux filles mariées & dotées, nonobstant la renonciation générale ou spéciale qu'elles pouvoient avoir faite; l'arrêt cité n'a donc pas pu s'écarter de cette jurisprudence par rapport aux biens situés dans le ressort de cette cour. Il y avoit encore moins de doute relativement à ceux d'Auvergne; car le père n'avoit laissé que des filles, & la renonciation légale n'ayant point lieu en pareil cas, suivant l'article 25 du chapitre 12 de la coutume, on ne devoit pas non plus donner effet à la renonciation contractuelle, parce que l'on est toujours présumé en contractant se référer aux dispositions de la loi.

Il a été un temps où le parlement de Bordeaux suivoit sur cette matière les mêmes principes que celui de Toulouse. *Hanc opinionem*, dit Dumoulin sur le conseil 180 de Decius, *audio ad usque servari Burdegalæ.* Automne sur l'enchiridion d'Imbert, dit que l'on n'observe pas à Bordeaux la rigueur des arrêts de Paris, & il en

rapporte un du 2 septembre 1587, qui adjuge un supplément de Légitime à une fille mariée & dotée, avec renonciation expresse à tous droits successifs.

Le parlement de Paris a décidé la même chose par rapport à une succession ouverte dans le Périgord, ressort de Bordeaux. Voici l'espèce. François, marquis d'Autefort, avoit deux filles, Diane & Louise; il maria la première au comte de la Roque, & la seconde au sieur de Jumillac: par leurs contrats de mariage, il leur donna à chacune vingt mille livres, & moyennant cette somme les fit renoncer à sa succession future, & à celle de leur mère qui étoit échue après sa mort. La comtesse de la Roque & le sieur de Marqueissac, représentant la dame de Jumillac, firent assigner aux requêtes de l'hôtel François d'Autefort, fils aîné & héritier universel du marquis d'Autefort, père commun, pour se voir condamner à leur payer un supplément de Légitime dans les successions paternelle & maternelle: on disoit pour eux, que la cause devoit être jugée conformément à la jurisprudence du parlement de Bordeaux; que cette jurisprudence étoit constante pour le supplément de Légitime; que leur adversaire lui-même l'avoit fait ainsi juger par quatre arrêts rendus en la chambre de l'edit de Paris, les 14 août & 7 septembre 1637, 3 juillet 1638, & 7 septembre 1640. Le marquis d'Autefort répondoit, que le parlement de Bordeaux avoit lui-même rejeté fort souvent des demandes en supplément de Légitime formées par des filles qui avoient renoncé en se mariant; qu'il étoit vrai que par les arrêts des 14 août & 7 septembre 1637, il avoit été restitué contre

les renonciations de Louise Descars son aïeule ; tant pour la succession échue que pour celle à écheoir ; mais que dans ces arrêts il étoit à la fois demandeur & défendeur, & que par conséquent on n'avoit rien jugé ; que celui du 7 septembre 1640 ne prononçoit que sans préjudice des Légitimes à lui adjugées ; ce qui ne faisoit précisément que laisser les choses dans l'état où elles étoient ; que l'arrêt du 3 juillet 1638, rendu avec un contradicteur, avoit jugé le contraire ; puisqu'il l'avoit débouté de sa demande en supplément de Légitime sur la succession qui étoit à écheoir lors de la renonciation, & ne l'avoit restitué que pour celle qui étoit échue à la même époque.

Par sentence du 5 février 1654, le marquis d'Autefort fut condamné à fournir le supplément de Légitime qu'on lui demandoit, & sur l'appel qu'il en interjeta, elle fut confirmée par arrêt du 3 mai 1664.

Le marquis d'Autefort prit une requête civile contre cet arrêt, & offrit de vérifier par Turbes que la jurisprudence actuelle du parlement de Bordeaux étoit conforme, sur le point dont il s'agissoit, à celle du parlement de Paris. M. l'avocat-général Bignon, portant la parole, « dit, » que quoiqu'il y eût incertitude de l'usage dans » le parlement de Bordeaux, par la diversité des » arrêts, néanmoins comme tout cela avoit été » dit & produit au procès lors de l'arrêt, qu'il » ne se trouvoit point d'ouverture en la forme » pour donner atteinte à l'arrêt, & que la ques- » tion avoit été jugée avec grande connoissance de » cause ».

L'arrêt qui intervint sur cette nouvelle instance

ne décida rien ; il ne fit que donner acte aux parties des offres & déclarations qu'elles s'étoient faites à l'audience, pendant que la cour étoit aux opinions.

Tous ces détails que nous avons puisés dans le journal des audiences, prouvent le peu d'uniformité qu'il y avoit alors dans les usages de Guienne sur cette question importante : mais la Peyrere nous apprend qu'elle est aujourd'hui fixée, & que les arrêts du parlement de Bordeaux déclarent constamment non recevables les filles qui demandent des supplémens de Légitime après avoir renoncé par contrat de mariage.

Expilly assure que le parlement de Grenoble juge de même, & c'est sans contredit le parti le plus conforme aux principes. Si nous avons admis dans nos mœurs l'usage des renonciations aux successions futures, pourquoi n'en ferions-nous pas résulter une inhabilité, sinon absolue, au moins respective, de succéder? Et dès que l'on est inhabile à succéder, ne l'est-on pas aussi à prétendre une Légitime ? A la bonne heure, que cette règle n'ait pas lieu dans les coutumes qui y dérogent expressément, l'équité naturelle ne peut qu'applaudir à une pareille exception ; mais dans les coutumes muettes & dans les pays qui n'ont pas d'autres loix que celles du droit commun, il faut s'attacher à la rigueur des maximes, & par conséquent refuser un supplément de Légitime aux filles exclues par leur renonciation.

On objectera peut-être avec Serres en ses institutions au droit François, l'article 52 de l'ordonnance de 1735, qui a introduit la demande en supplément de Légitime dans les pays même où elle n'avoit pas eu lieu jusqu'alors : mais l'ordon-

nance n'a certainement pas entendu abolir l'ufage des renonciations contractuelles, & elle ne peut avoir d'effet que quand il s'agit de difpofitions teftamentaires.

Nous devons cependant convenir avec le Brun, » qu'il fe pourroit trouver un concours de telles » circonftances, qu'elles feroient incliner à donner, » dans nos coutumes mêmes, un fupplément de » Légitime à la renonçante. Si, par exemple, la » léfion de la fille étoit très-énorme, eu égard » au temps de fon contrat de mariage, & qu'il » parût par les mauvaifes difpofitions que le père » avoit à fon égard, que fa renonciation fût une » véritable exhérédation; fi le père en avoit ufé » ainfi pour avantager dans la fuite les enfans de » fon fecond lit; que le père eût alors du bien » sûr, comme du bien de patrimoine, ou du » bien acquis dans une profeffion réglée, & que » fa fortune fe fût maintenue jufqu'à fon décès.... » & qu'enfin, par de femblables ou d'autres cir- » conftances, le deffein d'exhéréder fût évident, » & que la fille eût été mineure lors de fon ma- » riage: car en ce cas la fille obtenant des lettres » dans les dix ans du jour du décès contre » fa renonciation, pourroit avoir le fupplément » de fa Légitime; parce qu'il eft conftant que » felon le droit commun la renonciation à » la Légitime non encore échue, eft nulle, & » que l'on n'a admis celle des filles dans leurs » contrats de mariage, que par des raifons parti- » culières, dont une des principales & des plus » effentielles eft la préfomption de l'affection pa- » ternelle; en forte que dès-lors que le père ef- » face lui-même cette préfomption en faifant re- » noncer fa fille, par une dot de peu de con-

» ſéquence, à une fortune qu'il a toute acquiſe,
» & à la participation de laquelle elle eſt
» appelée par le droit de la nature, & donnant
» des marques du deſſein qu'il a de la fruſtrer
» de ſes droits les plus légitimes, il fait ceſſer la
» cauſe & par conſéquent l'effet de la diſpoſition
» de la loi, parce qu'il dote moins ſa fille en ce
» cas qu'il ne l'exhérede «.

Ce que le Brun développe ici avec tant de netteté, Dumoulin & M. Louet l'avoient dit avant lui en moins de paroles; mais, ajoute cet auteur, » il ne faut pas ſe prévaloir de cette ex-
» ception pour ſe pourvoir témérairement contre
» toutes ſortes de renonciations. Car ce qui doit
» retrancher la plupart des conteſtations ſur cette
» matière, c'eſt ce qui vient d'être dit, que la
» léſion ſe devroit conſidérer eu égard aux biens
» que le père poſſédoit au temps qu'il a conſ-
» titué la dot, & qu'elle doit être telle que la
» renonciation paſſe pour une véritable exhéré-
» dation. Si ces circonſtances ne ſe rencontrent
» pas, il s'en faut tenir à la règle, & refuſer tout
» ſupplément de Légitime «.

La diverſité des coutumes & de la juriſprudence ſur l'effet des renonciations par contrat de mariage, peut donner lieu à une queſtion mixte, dont voici l'eſpèce. Un père domicilié à Paris marie ſa fille, &, moyennant la dot qu'il lui conſtitue, la fait renoncer à ſa ſucceſſion future; ſes biens ſont régis par les coutumes de Paris & de Sens. Il eſt queſtion de ſavoir ſi la fille ſera exclue dans celle-ci, comme elle l'eſt inconteſtablement dans celle-là, de toute demande en ſupplément de Légitime. La négative ne paroît ſouffrir aucune difficulté. Le contrat fait à Paris n'a

pas plus de force que s'il avoit été passé à Sens : or, dans cette dernière hypothèse, les biens de Sens auroient été chargés d'un supplément de Légitime ; ils doivent donc l'être également dans la première.

Le Brun croit néanmoins qu'il faut excepter de cette décision le cas où la renonciation de la fille seroit accompagnée d'une dérogation à toutes coutumes contraires ; mais M. le président Espiard blâme cette restriction : » Quand la cou» tume, dit-il, ne permet pas la renonciation » à la Légitime (comme celle de Sens), on ne » peut, même par contrat de mariage, y déroger, » parce que la prohibition de la loi subsiste par » rapport à la Légitime. Car ce n'est pas un doute » que quand la loi est prohibitive, il n'est pas » permis, même par un contrat de mariage, » d'y déroger : c'est ce que le Brun lui-même à » très-bien établi dans son traité de la commu» nauté, où il dit que l'autorité des contrats de » mariage ne peut déroger aux coutumes qui sont » fondées sur une police & sur un intérêt pu» blic : or, au nombre de ces coutumes, on doit » ranger celle qui réserve toujours aux enfans » leur Légitime, quelque renonciation qu'ils y » aient faite par leur contrat de mariage «.

On demande si les petits-enfans peuvent exiger une Légitime sur les biens de leur aïeul auxquels leurs père & mère ont renoncé. Ils le peuvent sans difficulté lorsqu'ils viennent de leur chef & sans le secours de la représentation, c'est-à-dire, lorsqu'ils n'ont ni oncles, ni tantes, ni cousins-germains pour concurrens. Mais dans le cas contraire ils n'ont rien à prétendre, parce qu'il est de principe qu'un représentant ne peut

jamais avoir plus de droit que le représenté. » Ce seroit une fraude, dit M. Louet, & par » voie indirecte faire ce que la mère n'a pu faire » directement. L'on en cite deux arrêts ; l'un du » 21 avril 1564, pour d'Amourettes ; l'autre du » 5 avril 1569, entre Gaspard Gascon, & Jean » Antoine d'Allery «. Carondas en rapporte un troisième prononcé en robes rouges la veille de Noël 1576.

M. de Catelan assure que le contraire a été jugé au parlement de Toulouse dans une espèce qu'il rapporte, sans citer la date de l'arrêt ; mais il y a tout lieu de croire que les petits-enfans dont il s'agissoit n'ont obtenu le supplément de Légitime dont ils formoient la demande, que par une conséquence de l'usage si bien établi dans le Languedoc, d'adjuger le supplément de Légitime aux filles mêmes qui y ont renoncé. Cela est si vrai, que M. Maynard rapporte un autre arrêt de la même cour du 15 décembre 1592, qui a déclaré des petits-enfans non recevables à demander la portion héréditaire à laquelle leur mère avoit renoncé.

Il résulte de tout ce que nous venons de dire, qu'en matière de renonciations antérieures à l'ouverture de l'hérédité, il n'y a point de différence effective entre renoncer généralement à tous droits de succession, & renoncer nommément à la Légitime, parce que, dans un cas comme dans l'autre, la Légitime est censée comprise dans l'acte. Mais il en est tout autrement à l'égard des renonciations postérieures à la mort du défunt dont il s'agit de recueillir les biens & les droits ; car d'un côté s'il est certain qu'elles excluent de la Légitime lorsqu'elles la comprennent expressément, de

l'autre, il eſt de principe qu'elles ne portent point leur effet juſques-là, lorſqu'elles ſont conçues en termes généraux, & qu'elles ne frappent que ſur l'hérédité. Développons ces deux propoſitions.

Que l'on puiſſe renoncer valablement à une Légitime échue, & que l'on ſoit cenſé le faire par une renonciation dans laquelle ce droit eſt compris nommément, c'eſt une vérité clairement établie par la loi 35, §. 2, C. *de inofficioſo teſtamento.* Ce texte déclare d'abord, que la réception d'un legs inſuffiſant pour compléter la Légitime, n'empêche pas le légataire de demander un ſupplément; & enſuite il ajoute: *Niſi hoc ſpecialiter ſive in apochâ, ſive in tranſactione ſcripſerit, vel pactus fuerit quòd contentus relictâ vel datâ parte, de eo quod deeſt nullam habeat quæſtionem; tunc enim, omni excluſâ querelâ, paternum amplecti compelletur judicium.*

Il y a cependant au journal du palais de Toulouſe un arrêt du 12 juin 1730, qui paroît avoir jugé le contraire. Un légitimaire à qui le défunt n'avoit rien fixé, avoit reçu une ſomme pour ſa Légitime, avec promeſſe de ne plus rien demander: plus de dix ans après ſa quittance, il fit aſſigner l'héritier en compoſition de patrimoine & ſupplément de Légitime, & l'arrêt cité lui adjugea ſes concluſions. L'auteur qui le rapporte a ſoin de nous apprendre que la cauſe fut très-mal défendue, à cauſe de la pauvreté des parties, & que les opinions des juges furent partagées. On ne peut donc pas regarder cet arrêt comme un préjugé; & cela eſt ſi vrai, que la même cour en a rendu un contraire le 9 juin 1749; en voici l'eſpèce: La dame Clavieres avoit donné à l'un de ſes enfans tous ſes biens préſens & à venir, à la charge de

de payer à ses sœurs leur Légitime telle que de droit; après sa mort arrivée en 1735, les sœurs passèrent avec leur frère un acte par lequel il étoit dit qu'elles le subrogeoient, moyennant 400 livres, dans tous leurs droits légitimaires maternels, en quoi qu'ils pussent consister, à ses risques & périls. Plus de dix ans après cette convention exécutée par le payement de la somme stipulée, les sœurs formèrent une demande en supplément de Légitime; mais elles furent déboutées.

Nous avons dit que la renonciation générale à tous droits successifs, ne comprend pas la Légitime échue; & c'est ce qui résulte de la maxime établie ci-dessus, section 2, §. 1, qu'il ne faut point être héritier pour demander une portion légitimaire; & c'est ce qu'ont jugé quatre arrêts de 1598, 1642, 1659 & 1726, rapportés au même endroit. M. de Catelan nous en fournit un cinquième rendu dans cette espèce: » La dame de » Beaucaire ayant fait cession de tous ses droits » paternels, moyennant la somme de 20000 liv. » au marquis de Saint-Proget son frère, sans être » tenue d'aucune éviction ou garantie, il fut jugé, » que nonobstant cette cession, elle pouvoit de- » mander un supplément de Légitime, quoiqu'elle » ne se pourvût pas contre l'acte dans le temps » des actions rescisoires, la demande en supplé- » ment durant 30 ans, à compter du jour du » décès de celui sur les biens de qui la Légitime » est due, nonobstant toutes renonciations ou » cessions générales «. L'arrêt est du mois de juillet 1670.

On a indiqué ci-dessus, section 3, la raison de la différence qui existe par rapport au droit de Légitime, entre l'effet d'une renonciation générale

à une succession échue, & l'effet d'une renonciation générale à une succession à échoir.

De la renonciation tacite.

C'est un principe constant que l'on ne peut pas admettre de renonciation tacite en matière de Légitime ; pour le mettre dans tout son jour, il faut considérer les différentes espèces d'actes dont on voudroit induire une pareille renonciation.

Ces actes sont antérieurs ou postérieurs à l'échéance de la Légitime.

S'ils y sont antérieurs, & que ce ne soient pas des contrats de mariage, il est hors de doute qu'ils n'excluent pas le légitimaire qui les a signés : en effet on a vu plus haut que les renonciations même expresses, qui se font hors contrat de mariage, à une succession à échoir, ne préjudicient jamais à la Légitime : à plus forte raison donc les prétendues renonciations tacites de la même espèce ne peuvent-elles pas donner lieu à cette exclusion. Aussi trouvons-nous dans les questions notables de Duperrier un arrêt du parlement de Provence du mois de juin 1644, qui a accordé une Légitime à un père sur les biens dont il avoit autorisé son fils non émancipé à disposer par donation à cause de mort.

Les contrats de mariage même ne sont pas plus privilégiés à cet égard que les autres actes ; ils ne portent préjudice à la Légitime, qu'autant qu'ils contiennent une renonciation expresse à ce droit, ou au moins à la succession sur laquelle il doit être pris ; & la raison en est simple : il seroit tout à la fois odieux & injuste de fonder sur des conjectures & des indices la privation d'un droit ac-

cordé par la nature, tandis que toutes les loix le favorisent le plus qu'elles peuvent. S'il y a un cas où il est vrai de dire que l'on n'est pas présumé légèrement se dépouiller de son bien, c'est sur-tout lorsqu'il s'agit d'une chose aussi sacrée que l'est une portion destinée à fournir des alimens à celui à qui elle est due.

Cette raison s'applique avec la même force aux actes postérieurs à l'échéance de la Légitime, & il en résulte la même conséquence que pour les actes antérieurs. On nous opposera sans doute les loix qui excluent de la querelle d'inofficiosité les enfans qui ont approuvé le testament de leur père; mais il est aisé de sentir qu'il n'y a point de conséquence à tirer de la querelle d'inofficiosité, telle qu'elle a lieu dans le droit écrit, à la demande de Légitime : l'une est odieuse, parce qu'elle tend à faire déclarer nulles les dispositions du défunt, sous prétexte qu'elles sont l'ouvrage de la passion ou du délire; l'autre est favorable, parce qu'elle a pour objet d'assurer la subsistance d'un enfant, d'un père, d'un frère : la première doit être restreinte le plus qu'il est possible, *odiosa restringenda*; la seconde au contraire doit être étendue aussi loin que le permet la rigueur des principes, *favores ampliandi.* On ne peut donc pas appliquer à celle-ci les textes qui excluent celle-là par la seule raison que le testament du défunt a été approuvé; ce seroit même contrevenir directement à la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso testamento*, suivant laquelle tout légitimaire qui a reçu purement & simplement la chose que le défunt lui a laissée pour lui tenir lieu de Légitime, & qui même en a donné quittance sans protestation d'agir en supplément, doit être admis à réclamer ce qui

manque à la disposition testamentaire pour compléter sa Légitime, à moins qu'il n'ait renoncé formellement à ce droit (*).

MM. les gens du roi du parlement de Provence ont donné le 22 mars 1696 un acte de notoriété, portant que cette loi » est exactement » observée dans ce parlement, & que, conformé» ment à icelle, les enfans sont recevables à de» mander leur supplément de Légitime, nonobs» tant qu'ils aient reçu les legs qui leur ont été » faits pour leur tenir lieu de ladite Légitime, & » qu'ils en aient concédé quittance pure & simple » & sans protestation, à moins qu'ils n'aient ex» pressément renoncé à ladite Légitime «.

La jurisprudence des arrêts est conforme à cette maxime ; il y en a un du parlement de Grenoble du 4 décembre 1455, rapporté par Papon. M. le président Favre nous en a conservé deux du sénat de Chambéry des 25 août 1588 & 22 mai 1590, rendus dans des espèces où les testateurs avoient défendu expressément aux légitimaires d'exiger plus qu'ils ne leur laissoient. M. Maynard en rapporte un semblable donné par le parlement de Toulouse en avril 1557. En voici un rendu de nos jours au parlement de Paris.

(*) Et generaliter definimus quandò pater minùs legitimâ portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causâ donatione, vel inter vivos, sub eâ conditione, ut hæc inter vivos donatione in quartam ei computetur : si filius post obitum patris hoc quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit, fortè & securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum est accepisse, non adjiciens nullam sibi superesse de repletione quæstionem, nullum sibi filium facere præjudicium, sed legitimam partem repleri; nisi hoc specialiter, &c.

Benoît Menayde, domicilié dans le Forez, pays de droit écrit, avoit fait son testament le 4 décembre 1727, & par cet acte il avoit institué Michel Menayde son fils, héritier universel, à la charge de fournir à Claude Menayde sa fille, lors de son mariage & de sa majorité, 250 liv. & quelques effets, *pour tous & chacuns les droits de Legitime, actions & prétentions que sadite fille pourroit avoir & espérer en ses biens, successions & hoiries.* Claude Menayde s'étoit mariée avec Pierre Duché, & son frère avoit promis par le contrat de mariage de lui payer en six payemens égaux de chacun 50 livres, le legs que son père lui avoit laissé. Le 17 octobre 1741, Claude Menayde & son mari donnèrent à Michel Menayde une quittance conçue en ces termes: » Reconnoissent avoir reçu de Michel Menayde, » la somme de 112 livres pour solde final & » dernier payement de la constitution faite à » ladite Claude Menayde par son contrat de » mariage. . . . de laquelle somme de 112 livres » pour les causes susdites, lesdits mariés Duché & » Menayde se contentent, quittent & promettent » faire tenir quitte ledit Michel Menayde, avec » promesse de ne lui en jamais plus rien demander «. Après un silence de 19 ans, Claude Menayde, devenue veuve, fit assigner son frère en supplément de Légitime, & obtint contre lui plusieurs sentences, qui, avant faire droit, ordonnèrent l'estimation des biens, à l'effet de savoir s'il y avoit lieu au supplément; & sur l'appel qui en fut interjeté, il intervint un premier arrêt sur appointement à mettre, qui en ordonna l'exécution provisoire. Au fond, Michel Menayde soutenoit que sa sœur étoit non recevable en sa

demande, & il tiroit cette fin de non recevoir, tant de la quittance finale du 17 octobre 1741, par laquelle sa sœur lui avoit fait *promesse de ne lui jamais plus rien demander*, que du laps de temps qui s'étoit écoulé depuis. Claude Menayde répondoit, que l'action en supplément de Légitime dure trente ans; qu'ainsi on ne pouvoit pas lui opposer de prescription; que sa quittance finale ne la rendoit pas non plus non recevable, attendu qu'en la faisant, elle n'étoit pas entrée en composition de patrimoine; qu'elle avoit seulement suivi le jugement du père; qu'à la vérité elle avoit bien renoncé à rien demander de la constitution de dot, mais non pas à la Légitime qui lui étoit assurée par la loi. Enfin elle citoit la loi 35, §. 2, C. *de inofficioso testamento*, & une partie des autres autorités que nous avons rapportées. Par arrêt du 22 octobre 1765, la cour confirma toutes les sentences, & conséquemment jugea que Claude Menayde étoit recevable dans sa demande en supplément de Légitime.

On peut encore appliquer ici les arrêts qui ont ordonné des distractions de Légitime en faveur de grevés de substitution universelle, qui avoient approuvé purement & simplement les actes par lesquels on leur avoit imposé cette charge. Voyez ci-après, section 7.

§. IV. *De la substitution pupillaire.*

Il y a trois sortes de substitutions pupillaires, l'expresse, la tacite, & la compendieuse. La première se fait ainsi : *Au cas que mon fils décède avant l'âge de puberté, je lui substitue un tel.* La seconde est celle qui ne fait aucune mention de

la puberté, & qui n'a pas d'autre forme qu'une simple substitution vulgaire; elle est ordinairement conçue en ces termes : *J'institue mon fils héritier, & je lui substitue un tel.* La troisième se fait en abrégé, & elle comprend à la fois la substitution vulgaire & la substitution pupillaire; voici comme on l'exprime : *J'institue mon fils héritier, & en quelque temps qu'il décède, je lui substitue un tel.*

Ces notions supposées, voyons si de telles dispositions de la part d'un père peuvent empêcher la mère ou l'aïeul de demander une Légitime sur les biens de leur fils ou petit-fils décédé en pupillarité.

L'affirmative ne paroît pas souffrir de difficulté, lorsque la substitution pupillaire est expresse; la loi 8, §. 5, D. *de inofficioso testamento* porte, que la mère ne peut pas agir en querelle d'inofficiosité contre le testament qui règle la succession de son fils impubère, parce que cet acte est l'ouvrage du père. *Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit.* Quoique l'on ne puisse pas intenter la plainte d'inofficiosité dans tous les cas où il y a lieu à la demande de la Légitime, il n'en est pas moins vrai que cette seconde action ne peut être exercée que par ceux qui ont droit à la première; & c'est pourquoi les §. 6 & 8 de la loi citée déclarent que l'on fait cesser la querelle d'inofficiosité, en laissant une portion légitimaire aux personnes qui pourroient l'intenter. Ainsi, de ce que la mère ne peut pas attaquer, comme inofficieux, le testament qui contient une substitution pupillaire, il suit nécessairement qu'elle ne peut pas demander de Légitime sur les biens de son fils décédé avant l'âge de pu-

berté. Cette conſéquence paroît dure ; mais elle eſt exacte : il eſt certain que le père ne doit rien à ſa femme, & que celle-ci n'a des droits légitimaires à exercer que ſur la ſucceſſion de ſon fils. Or, dans le cas d'une ſubſtitution pupillaire, non ſeulement le fils ne diſpoſe pas, mais ſa ſucceſſion eſt confondue, &, pour ainſi dire, identifiée avec celle du père. *Tunc hereditas & patris & filii una eſt*, dit la loi 12, D. *de privilegiis creditorum* ; auſſi la loi 20, D. *de jure deliberandi*, porte-t-elle, que le ſubſtitué ne peut pas accepter la ſucceſſion du père & répudier celle du fils, ou réciproquement ; & il a été jugé par deux arrêts des 10 juillet 1610 & 14 juillet 1654, rapportés par Henrys & Ricard, que la mère recueillant une ſubſtitution de cette eſpèce faite à ſon profit, devoit les droits au ſeigneur, comme tenant les biens de ſon mari, quoique l'on convînt & que les uſages des lieux portaſſent qu'elle en auroit été exempte, ſi elle avoit ſuccédé à ſon fils.

On ne doit donc pas trouver ſurprenant que la ſubſtitution pupillaire expreſſe éteigne tous les droits de Légitime que la mère ou l'aïeul auroient pu prétendre ſur la ſucceſſion de leur fils ou petit-fils ; & c'eſt ainſi que l'a toujours jugé le parlement de Toulouſe ; M. Maynard, qui nous l'aſſure, en cite un arrêt du mois de février 1577. Quelques auteurs de cette cour avoient voulu excepter de cette juriſprudence le cas où le ſubſtitué ſeroit un étranger ; mais, dit M. de Catelan, cette diſtinction a été rejetée, & M. Duranty lui-même, qui la ſoutient, » rapporte » un arrêt de 1544, par lequel la mère fut ex- » cluſe de la Légitime, quoique le ſubſtitué fût » un étranger. MM. de la Rocheflavin & Cam-

» bolas en rapportent d'autres. J'en ajouterai un
» du mois de décembre 1665, rendu en la se-
» conde chambre des enquêtes, dans le même cas
» d'un étranger substitué ; ce qui doit avoir lieu
» avec plus de raison encore, lorsque la cause
» pie est substituée pupillairement (*). C'étoit
» l'espèce d'un autre arrêt rendu en la même
» chambre, au rapport de M. de Chalvet «.

On trouve dans Papon un arrêt du parlement de Paris du 8 juin 1566, qui paroît avoir jugé le contraire ; mais on sait que Papon n'est pas toujours exact, & sans doute cet arrêt a été motivé par des circonstances particulières.

M. du Vair en rapporte un du parlement de Provence, qui a pareillement accordé une Légitime à une mère sur la succession de son fils, quoique le père lui eût substitué pupillairement : mais, dit Ricard, ce parlement a depuis jugé le contraire, par un arrêt rendu les chambres assemblées, & prononcé en robes rouges.

Il faut cependant convenir que le parlement de Bordeaux a constamment rejeté l'avis que nous soutenons : M. du Vair & Automne en rapportent deux arrêts de 1567 & 1604 ; & Bretonnier atteste que cela ne souffre aucune difficulté dans la jurisprudence de cette cour : mais, s'il en faut croire le même auteur, c'est le seul tribunal de l'europe qui juge de la sorte.

C'est avec plus de fondement, au moins en apparence, que cette cour donne une Légitime à la mère & à l'aïeul, lorsque la substitution pupillaire

---

(*) Voyez le chapitre 1, *de testamentis in 6*, rapporté ci-après.

n'eſt que tacite ; car quoique les loix, d'après la volonté préſumée du père, aient aſſimilé cette ſubſtitution à celle qui eſt expreſſe, » néanmoins, » dit Ricard, il faut avouer qu'il y a beaucoup » de juſtice & d'équité en ôtant à la mère la » ſucceſſion de ſon fils, par une volonté pré- » ſumée qui n'eſt jamais ſi forte que la diſpo- » ſition expreſſe, de lui laiſſer du moins ſa por- » tion légitimaire «. Mais cette opinion ne donne pas à la mère tout ce qu'elle a droit de réclamer ; car nous ferons voir à l'article Substitution, qu'elle ne doit pas en pareil cas ſe borner à la demande d'une Légitime, & que toute l'hérédité lui appartient, parce qu'il n'eſt pas vraiſemblable que le père ait voulu l'en exclure par une ſubſtitution qui n'eſt que vulgaire dans ſes termes, & que l'on ne peut pas rendre pupillaire, ſans bleſſer les droits de la nature.

On convient aſſez généralement que la ſubſtitution compendieuſe exclut la mère de la ſucceſſion ; mais les auteurs ſont fort partagés ſur la queſtion de ſavoir ſi elle la prive auſſi de la Légitime.

Ceux qui ſoutiennent la négative, diſent que cette ſubſtitution n'eſt pas ſi clairement exprimée pour le cas du décès en pupillarité, qu'il ne reſte toujours quelque incertitude dans les eſprits ſur la volonté du teſtateur, & que la faveur de la mère augmentant les doutes, il eſt juſte au moins de lui conſerver une Légitime. Cet avis a été adopté dans toute ſon étendue par le parlement de Toulouſe & le ſénat de Chambéry, & il a fait naître en ces deux cours une foule de procès ſur des queſtions acceſſoires. Voyez M. Maynard, livre 5, chapitre 26 ; M. d'Olive, livre 3, cha-

pitre 9; M. de Cambolas, livre 6, chapitre 19; M. de Catelan, livre 2, chapitre 84; & M. Favre, en ſon code, livre 6, titre 8.

Le ſentiment contraire eſt tout-à-la-fois plus ſimple & plus juridique. D'abord il coupe la racine de toutes les conteſtations qui dérivent de l'autre opinion : en ſecond lieu, n'eſt-ce pas chercher à tout obſcurcir, que de prétendre qu'une ſubſtitution compendieuſe ne renferme pas clairement la pupillaire ? Peut-on rien de plus précis, de plus formel que ces termes, *en quelque temps que mon fils décède, je nomme un tel pour héritier* ? N'eſt-ce pas dire nettement, ſoit que mon fils meure avant moi ou qu'il me ſurvive, je veux que ma ſucceſſion paſſe ſur la tête d'un tel ? N'eſt-ce pas en un mot ordonner clairement une ſubſtitution vulgaire pour le premier cas, & une ſubſtitution pupillaire pour le ſecond ? D'ailleurs, point de milieu, ou la mère, dans le cas d'une ſubſtitution compendieuſe, doit recueillir toute la ſucceſſion, ou elle ne peut prétendre de Légitime; car, nous l'avons déjà dit, on ne peut être légitimaire lorſque l'on n'eſt pas habile à ſe porter héritier, d'ailleurs la raiſon de faveur qui lui feroit donner une Légitime, militeroit également pour la faire ſuccéder à l'excluſion du ſubſtitué : or on convient univerſellement qu'elle n'a pas droit à l'hérédité entière; il faut donc auſſi l'exclure de la Légitime; & c'eſt ce que le parlement de Paris a toujours jugé : Montholon en rapporte deux arrêts prononcés en robes rouges; le premier la veille de pentecôte 1588; le ſecond à pareil jour 1591; Henrys nous en fournit un troiſième du 22 août 1637.

Les interprètes ne ſont pas d'accord ſur la queſ-

tion de savoir s'il faudroit regarder comme compendieuse une substitution qui seroit conçue en ces termes : *J'institue mon fils, & s'il meurt sans enfans, je lui substitue un tel.* Mais quelque parti que l'on prenne sur cette difficulté, il n'est pas possible que la mère obtienne une Légitime en pareil cas : en effet, ou l'on considérera cette substitution comme compendieuse, & on la fera valoir comme pupillaire, si le fils vient à mourir avant l'âge de puberté ; ou on la regardera comme simplement fidéicommissaire, & on lui en donnera tous les effets, en quelque temps que le fils décède. Dans la première hypothèse, la mère n'aura point de Légitime, par les raisons que nous venons d'exposer ; & c'est ce que décide nettement le chapitre 1, *de testamentis in 6* (*). Dans la

(*) Si pater filium & filiam habens impuberes, & uxorem, filiam in re certâ, filium verò in cæteris bonis suis universalem hæredem instituit, & uxori aliqua in suo testamento legavit, adjiciens, ut si decederet filia sine liberis, eidem filio, & si ipse absque liberis obiret, filius præfatæ filiæ moreretur, christi pauperes instituendo hæredes, si utrumquem ; sine liberis mori contingeret filiorum. Testatore mortuo, ac deinde filio subsequenter, & filiâ (superstite matre) defunctis ante tempora pubertatis. Absque deductione Trebellianicæ, sive partis jure naturæ debitæ faciendâ, ipsis pauperibus bona omnia deferuntur. Præmissæ namque, substitutiones factæ de filio ad filiam, & contrà, & de illis ad pauperes : directè debent intelligi pupillares. Cùm in substitutionibus semper fit interpretatio facienda (dummodò, sicut in casu proposito, eorum verbis & personis conveniat institutis) ut substitutio directa intelligatur potiùs quàm obliqua : quanquam directa interdum ad fideicommissum ex causâ trahatur. Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturæ debitâ privare non possit : pater tamen in testamento hujusmodi pupillare paternum, vel pater pars potius est censendum.

seconde, la mère pourra bien demander une quarte trébellianique, comme héritière *ab intestat*, ainsi qu'il a été jugé par arrêt du 8 octobre 1546, rapporté en forme par Papon; mais elle n'aura point de Légitime, au moins sur les biens venans du père, parce qu'il est de principe que le légitimaire ne peut rien prétendre sur les fidéicommis dont le défunt étoit grevé. Voyez ci-après, section 8, §. 2.

Nous n'avons parlé jusqu'à présent que du droit des ascendans; voyons maintenant si le fils lui-même peut distraire une Légitime sur les biens que son père lui a laissés à charge de substitution pupillaire, & la transmettre à ses héritiers.

Cette question n'est pas difficile; la loi 8, §. 7, D. *de inofficioso testamento*, la décide clairement. Lorsqu'un père, dit-elle, a substitué pupillairement à son fils, *si quis impuberi filio substituit, secundas tabulas faciendo*, le fils n'est pas en droit d'attaquer cette substitution par la querelle d'inofficiosité; *non ob hoc admittemus ipsum impuberem ad inociffiosi querelam.* La raison en est, que le pupille n'est point grevé par une disposition de cette espèce; c'est au contraire un honneur pour lui de faire un testament par les mains de son père, malgré les loix qui l'en rendent personnellement incapable.

On objectera sans doute que la Légitime ne peut point être substituée fidéicommissairement; mais il y a une grande différence entre la substitution fidéicommissaire & la pupillaire; l'une est une charge qui diminue la propriété & la réduit presque à un simple usufruit; l'autre ne porte pas la moindre atteinte aux droits du pupille sur les biens que lui a transmis son père; elle l'en laisse

propriétaire absolu, & ne fait que suppléer au défaut de volonté qui l'empêche d'en disposer avant sa mort. La loi 22, §. 1, D. *de adoptionibus*, met cette différence dans le plus grand jour: elle demande d'abord si un père adoptif peut substituer pupillairement la quarte qu'il est obligé de laisser à son fils arrogé, & qui tient lieu de Légitime à celui-ci; & elle répond qu'il le peut. Elle met ensuite en question s'il lui est également permis de substituer fidéicommissairement cette même portion, & elle décide qu'il ne le peut pas (*).

Tout ce que nous venons de dire sur la substitution pupillaire, ne peut être d'aucun usage pour les pays coutumiers, parce qu'elle y est tout-à-fait inconnue. Mais il se fait dans les Pays-Bas des espèces de substitutions improprement dites, qui peuvent donner lieu dans ces provinces aux questions que nous venons d'agiter.

Ces substitutions se font par testament ou par contrat de mariage, & on les appelle communément RÉGLEMENS *ab intestat*, parce qu'elles n'ont leur effet qu'autant que les enfans ne disposent pas eux-mêmes.

L'opinion la plus commune & la plus exacte, est que ces sortes de substitutions faites par le premier mourant de deux conjoints, exclut le survivant de tout droit de Légitime sur les biens de ses enfans.

(*) Sed an impuberi an rogator substituere possit quæritur, & puto non admitti substitutionem, nisi fortè ad quartam solam quam ex bonis ejus consequitur: & hactenùs ut ei usque ad pubertatem substituat. Cæterùm si fidei ejus committat ut quandòque restituat, non oportet admitti fideicommissum, quia hoc non judicio ejus ad eum pervenerit, sed principali providentiâ.

» Il eſt certain, dit Rodemburg, que le ſurvivant » dans notre eſpèce n'eſt ni prétérit, ni exhérédé » par ſon fils; qu'il n'eſt en aucune manière par » lui léſé dans ſa Légitime; que par conſéquent » le père ne peut ſe plaindre d'aucune inofficio- » ſité. Les loix 6 & 30, C. *de inofficioſo teſtamen-* » *to*, & Favre dans ſon code, livre 5, titre 5, déci- » ſion 6, prouvent nettement que la demande en » Légitime ceſſe, dès qu'il n'y a pas lieu à la » plainte d'inofficioſité. . . . . Et c'eſt de là qu'on » dit communément que ſi dans le monde on ne » faiſoit pas de teſtament (ni de donation), il » n'y auroit jamais de demande en Légitime. » Comment en effet pourroit-on demander une » Légitime ſur les biens d'un homme qui eſt mort » *ab inteſtat?* Si donc dans l'eſpèce propoſée le » père eſt exclus de la ſucceſſion de ſon fils, ce » n'eſt pas par aucune diſpoſition du fils, mais » par la propre convention du père «, ſi la ſubſti- tution a été ſtipulée dans le contrat de mariage; & par le fait du prédécédé qui ne devoit rien au ſurvivant, ſi cette diſpoſition a été écrite dans un teſtament.

Il y a plus : les enfans eux-mêmes ne tranſmettent pas à leurs héritiers le droit de diſtraire une Légitime ſur les biens compris dans le RÉGLEMENT *ab inteſtat*. En effet, cette diſtraction ne peut avoir lieu que dans le cas de diſpoſition inofficieuſe de la part des défunts : or, dans notre eſpèce, les enfans recueillent la propriété pleine & entière de tous les biens de leurs père & mère; il ne tient même qu'à eux d'en diſpoſer, ſoit entre vifs, ſoit à cauſe de mort, lorſqu'ils ont les qualités requiſes pour cela. Ce cas rentre donc naturellement dans celui de la ſubſtitution

pupillaire, & l'on ne sauroit mieux faire que d'y appliquer les textes qui permettent au père de substituer pupillairement la Légitime des enfans qu'il a sous sa puissance.

§. 5. *Défaut d'inventaire.*

Il est peu de questions aussi controversées que celle de savoir si l'omission d'inventaire forme une fin de non recevoir contre le légitimaire; le détail des raisons & des autorités que l'on allègue pour & contre, demanderoit presque un traité séparé: mais, pour ne pas trop alonger cet article, nous nous contenterons d'exposer simplement notre avis.

La loi dernière, §. 14, C. *de jure deliberandi*, & la novelle 1, chapitre 2, §. 2, déclarent en termes formels, que l'héritier institué, qui a négligé de faire inventaire, ne peut retenir la falcidie sur les legs, ni rien retrancher sur les fidéicommis dont le testateur l'a chargé, quand même ces dispositions excéderoient le montant de l'hérédité, *non retinebit falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommmissarios, licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio.*

Ces termes *complebit fideicommissarios*, décident une question fort agitée entre les docteurs, & qui consiste à savoir si le défaut d'inventaire empêche la détraction de la trébellianique.

Ces décisions ne s'appliquent pas moins aux héritiers descendans du testateur, qu'aux étrangers: car nous voyons par les §. 1 & 2 de la loi dernière, C. *de jure deliberandi*, que l'empereur

Justinien

Justinien a entendu y comprendre les uns comme les autres.

Voilà donc des textes clairs & précis qui privent de la falcidie & de la trébellianique, les enfans institués héritiers qui ont omis la formalité de l'inventaire. Mais pourquoi ces mêmes textes n'étendent-ils pas leur disposition à la Légitime ? La raison en est simple, & elle se sent d'elle-même d'après ce que nous avons dit ci-devant, section 2, §. 1 ; c'est que jamais un enfant qui a pris la qualité d'héritier de son père, ne peut demander une Légitime ; c'est que, chargé de legs & de fidéicommis, qui absorbent toute la succession, il ne peut, en acceptant l'hérédité, prétendre autre chose qu'une falcidie & une trébellianique ; c'est qu'enfin le concours de ces deux quartes avec la Légitime, est, comme on le verra ci-après, section 8, §. 3, une chose monstrueuse dans le droit Romain.

Nos usages ont cependant admis ce concours ; l'ordonnance de 1735 permet même à l'héritier chargé de legs & de fidéicommis de distraire sa falcidie sur les uns, sa trébellianique sur les autres, & outre cela sa Légitime.

Dans cet état, quel parti prendre relativement à cette dernière portion, lorsque l'héritier n'a point fait inventaire ? Dira-t-on, comme le fait Ricard après plusieurs autres auteurs, que les peines ne s'étendent point d'un cas à l'autre ; que les loix n'ont prononcé que la privation de la falcidie & de la trébellianique, contre les héritiers qui ont omis la formalité de l'inventaire ; que par conséquent on ne peut pas en appliquer la décision à la Légitime ?

Mais si les loix civiles n'ont point compris la

Légitime dans leur disposition, c'est, comme nous venons de le dire, parce que, suivant leur esprit, ce droit ne pouvoit jamais être réclamé par un enfant institué héritier. Or, peut-on se prévaloir du silence d'une loi, pour exempter des peines qu'elle établit une chose qui n'existoit pas lors de sa promulgation? Que l'on n'étende pas les peines d'un cas prévu par le législateur à un autre qu'il a pu prévoir, rien en cela que de juste & de régulier, parce qu'alors on peut dire, *inclusio unius est exclusio alterius*; mais ne pas appliquer à un cas qu'il n'a pas été possible de prévoir, & qui cependant est parfaitement identique avec les cas prévus, une peine prononcée contre ceux-ci, c'est une manière de raisonner que le bon sens ne peut avouer, & que le législateur lui-même condamne formellement. Écoutons la loi 12, D. *de legibus* : *Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus-consultis comprehendi; sed cùm in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* La loi 13 ajoute : *Nam, ut Pedius ait, quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certè jurisdictione suppleri.*

D'ailleurs cette règle, que l'on ne peut pas étendre les peines d'un cas à un autre, peut-elle être de quelque effet par rapport à un droit introduit contre les vrais principes? Si en permettant le concours de la Légitime avec la falcidie & la trébellianique, on a violé cette maxime si constante, que l'on ne peut être à la fois héritier & légitimaire, ne doit-il pas être également

permis, en privant de la Légitime l'héritier qui n'a point fait inventaire, de violer cette autre maxime qui défend toute extension des peines légales hors de leurs espèces précises? *In his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi rationem juris*, dit la loi 15, D. *de legibus.*

On objecte que la falcidie & la trébellianique ont été introduites pour des raisons purement civiles; que la Légitime au contraire doit son origine au droit naturel; que par conséquent on ne peut pas argumenter des deux premières à la troisième.

Mais il est constant que la falcidie & la trébellianique tiennent lieu de Légitime à tous ceux qui ont droit à cette dernière portion, & cela est si vrai, qu'elles ont à leur égard une grande partie des privilèges propres à la Légitime. Voyez QUARTE FALCIDIE & TRÉBELLIANIQUE.

D'ailleurs Justinien lui-même fait entendre très-clairement, que l'omission de l'inventaire ne laisse à l'héritier institué l'espérance d'aucune espèce de détraction. C'est ce qui résulte de l'obligation qu'il lui impose de satisfaire aux legs au delà même des forces de la succession; & cela suffit certainement pour exclure la Légitime.

Enfin cette doctrine a été confirmée solemnellement par un arrêt du 12 décembre 1598, rendu en la deuxième chambre des enquêtes; Peleus le rapporte en ses actions forenses, livre 3, article 6, comme ayant jugé *in terminis* qu'un enfant à qui l'on opposoit le défaut d'inventaire, ne pouvoit distraire ni sa trébellianique, ni sa Légitime sur les fidéicommis dont son père l'avoit grevé.

Nous savons que l'on peut citer quelques

arrêts contraires rendus en d'autres tribunaux; mais ce n'eſt point le nombre des préjugés qui doit nous déterminer : un arrêt conforme à l'eſprit des loix & aux vrais principes, prévaudra toujours à vingt autres qui n'auront pour baſe que des idées ſyſtématiques & de fauſſes maximes.

Mais ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à l'héritier légitimaire chargé de legs & de fidéicommis. Que faut-il donc réſoudre par rapport au légitimaire véritable, c'eſt-à-dire, par rapport à l'enfant, l'aſcendant ou le frère qui demande une Légitime ſans ſe porter héritier?

Nous avons ſur cette matière un principe certain; c'eſt que le défaut d'inventaire ne peut nuire qu'à ceux qui étoient obligés par une loi expreſſe de remplir cette formalité. Or, l'héritier ſeul eſt tenu par les conſtitutions de Juſtinien, de faire inventorier les effets de la ſucceſſion; il n'y a aucun texte qui en charge, ſoit expreſſément, ſoit virtuellement, celui qui ſe tient à ſa Légitime; on ne peut donc pas dire que ce dernier ſoit non recevable à réclamer ſa portion pour n'avoir point fait inventaire. Voyez à l'article Légataire les moyens dont nous nous ſommes ſervis pour prouver que l'omiſſion de cette formalité n'aſſujettit pas le Légataire univerſel à payer les dettes au delà de ſon émolument; ces moyens reçoivent ici une application directe & entière, & ils ont été adoptés à l'égard du légitimaire par un arrêt que l'aditionnaire de Ricard nous retrace en ces termes :

» Il a été jugé en la troiſième chambre des enquê-
» tes le 30 juin 1671, au rapport de M. de Mal-
» lebranche, que le défaut d'inventaire n'empê-

» choit pas la détraction de la Légitime, entre » Perrette Thoret, veuve d'Aubin Desbordes, » procureur fiscal à Segnelay, appelante d'une » sentence rendue par le conservateur de Bourges, » l'an 1667, & demanderesse en Légitime, d'une » part; & Me. Thoret, avocat en la cour, intimé » & défendeur, d'autre part «.

§. VI. *De la prescription.*

Il y a trois questions à examiner par rapport à la prescription : la première est de savoir si elle peut avoir lieu contre la Légitime; la seconde, combien de temps il faut pour la remplir; la troisième, de quel jour elle commence à courir.

PREMIÈRE QUESTION. *La Légitime est-elle prescriptible?*

Quelques auteurs ont soutenu la négative; & leur avis a été, dit-on, adopté par deux anciens arrêts du parlement d'Aix, rapportés dans le commentaire de Masse, sur les statuts de Provence. Mais cette opinion est insoutenable, sous quelque aspect qu'on la considère. La prescription est un moyen introduit par la loi pour acquérir ou pour se libérer; elle étend ses effets sur tout ce que la loi elle-même n'a pas soustrait à son influence : ainsi, pour rendre une chose imprescriptible, il faut un texte précis qui la déclare telle. Or, que l'on parcoure tout le corps du droit, on n'y trouvera pas un mot qui tende à affranchir la Légitime de la prescription; elle doit donc y être soumise, comme les autres droits. Aussi le parlement d'Aix lui-même le juge-t-il ainsi depuis long-temps :

témoin ce passage de Dupertier, tome 2, page 494 : » Légitime se prescrit par trente ans, arrêt » au rapport du sieur d'Arnaud, entre le sieur de » Salignac & Jacques Garret-Catin «. L'aditionnaire de cet auteur dit que cette maxime *n'est plus susceptible de difficulté.*

Il semble que l'on juge tout différemment en Normandie ; car le nouvel annotateur de Basnage rapporte un arrêt du 7 juillet 1724, par lequel le parlement de Rouen a reçu une fille à la demande de sa Légitime, quoique ses frères lui opposassent une prescription de plus de quarante ans. Mais cette décision est uniquement fondée sur le principe admis en cette province, que l'action en payement de la Légitime est, entre frères & sœurs, de la même nature que la demande en partage entre cohéritiers ; & l'article 429 de la coutume de la même province porte : *Qu'entre cohéritiers la prescription quadragénaire n'a point lieu avant le partage.* Ainsi on ne pourroit pas employer cet arrêt contre des tiers-détenteurs.

SECONDE QUESTION. *Par combien de temps la Légitime se prescrit-elle ?*

Bartole a prétendu que l'action en payement de la Légitime ou du supplément de cette portion, ne duroit que cinq ans, parce que la querelle d'inofficiosité dont cette action tient lieu, est limitée à ce terme ; & l'auteur du commentaire sur les usages de Besançon, cite un arrêt du parlement de la Franche-Comté du 26 janvier 1683, qui a jugé de la sorte.

Mais, pour admettre cette opinion, il faudroit que la Légitime ne pût être demandée que par

la querelle d'inofficiosité proprement dite, & c'est ce qu'il n'est pas possible de supposer. La querelle d'inofficiosité tend à faire casser le testament : la demande en Légitime le laisse subsister ; cette seule différence écarte toute apparence d'identité entre ces deux actions. D'ailleurs le §. 3, inst. *de inofficioso testamento*, dit en termes formels, que la querelle d'inofficiosité doit cesser toutes les fois qu'il y a simplement lieu à la demande de la Légitime (*) : on ne peut sans doute rien de plus décisif.

Quel terme fixerons-nous donc à l'action dont il s'agit ? Il faut, suivant certains auteurs, distinguer le cas où elle est exercée contre un héritier, de celui où c'est un donataire, soit entre vifs, soit à cause de mort, qui en est le but.

Dans le premier cas, elle ne peut se prescrire que par trente ans, parce qu'elle est personnelle. C'est le sentiment de Ricard, de le Brun, de Voët, de M. Bouhier en sa dissertation sur le droit des mères au cas de la substitution pupillaire ; de Dunod, de Furgole, & d'une foule d'autres auteurs. C'est aussi ce que les arrêts ont jugé constamment. M. de Cambolas en rapporte un du parlement de Toulouse du 8 décembre 1597 ; il y en a un autre de la même cour du mois de février 1670, rapporté par M. de Catelan ; M. le Prêtre nous en fournit un troisième rendu au parlement de Paris le 15

(*) Sin verò quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, *de inofficioso querelâ quiescente, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

décembre 1612; nous en avons cité plus haut un quatrième émané du même tribunal le 22 octobre 1675. M. Favre en rapporte un cinquième donné au sénat de Chambéry le 25 août 1588; & le commentateur des usages de Besançon en cite un sixième rendu au parlement de cette ville, postérieurement à celui du 26 janvier 1683, qui avoit soumis la Légitime à la prescription de cinq ans.

Dans le second cas, Furgole prétend, d'après Ferrieres, que » dans les pays où l'on suit le droit » Romain à la rigueur, & dans le district de la » coutume de Paris, la prescription de dix ans » entre présens, ou de vingt ans entre absens, » suffiroit pour exclure les légitimaires; parce que » la donation est un titre suffisant pour servir de » fondement à cette prescription, suivant la loi » 1, D. *pro donato*, & la loi 1, C. *de usucapione* » *pro donato* «.

Mais ce systême ne s'accorde pas avec ce que le même auteur dit quelques lignes plus haut: » L'action des légitimaires (ce sont ses termes) » n'est pas purement hypothécaire, elle est per- » sonnelle *in rem scripta* «. Ricard enseigne la même chose: » L'action qui compète aux enfans » pour le sujet de leur Légitime contre les do- » nataires & les légataires, est une espèce d'ac- » tion personnelle *in rem* qui les oblige directe- » ment en tant qu'ils sont détenteurs & posses- » seurs de la chose qu'ils possèdent, & subsidiai- » rement aussi jusqu'à concurrence de la même » chose, pour les parts que les autres donataires » & légataires doivent fournir «. Il résulte clai- rement de tout cela, que les donataires & les lé- gataires ne sont pas plus privilégiés que les hé-

ritiers, par rapport au temps de la prescription de la Légitime; ainsi la distinction de Furgole doit être rejetée.

La prescription de dix ou vingt ans peut cependant avoir lieu contre la demande en payement de la Légitime, mais ce n'est ni en faveur des héritiers, ni en faveur des donataires ou légataires; écoutons Ricard: Quand on dit que l'action du légitimaire » dure trente ans, cela s'entend assez à l'égard de ceux qui sont tenus » de l'obligation personnelle; car pour ce qui est » des tiers-détenteurs, leur bonne foi les met à » couvert de toutes sortes de recherches dans le » temps ordinaire & préfini en leur faveur «.

Mais cette doctrine n'est-elle pas implicitement abrogée par l'article 45 de l'ordonnance de 1731, portant, que les tiers-*détenteurs des choses données ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfans, qu'après une possession de trente années*? Non, répond Furgole, parce que l'article 8 de la même loi, parlant de la prescription de la demande en Légitime, laisse les choses aux termes du droit commun. » La raison de la différence, » continue cet auteur, peut être prise de ce que, » dans le cas de l'article 38, la plainte d'inofficiosité ne retranche les donations inofficieuses » que quand elle est proposée; au lieu que la » survenance des enfans révoque de plein droit » les donations, & fait rentrer aussi de plein droit » les biens donnés dans le patrimoine du donateur, suivant les articles 39 & 42; ainsi le » droit du donataire étant résolu, celui de ses » ayans cause l'est aussi, suivant la règle *resoluto » jure dantis, resolvitur jus accipientis* «.

Ce que nous disons de la possession des tiers-détenteurs pendant dix ou vingt ans, ne peut point avoir lieu dans les coutumes qui ont réglé différemment la prescription : cela est trop clair pour avoir besoin du moindre détail.

TROISIÈME QUESTION. *De quel jour la prescription commence-t-elle à courir contre la Légitime?*

La prescription contre un droit quelconque ne commence à courir que du jour de l'échéance de ce droit, parce que le créancier ne peut pas agir auparavant, & que l'on ne peut jamais prescrire contre celui qui est dans l'impuissance de former sa demande. Or on verra ci-après, section 9, §. 1, que l'action en payement de la Légitime n'est ouverte qu'au moment de la mort naturelle ou civile de celui sur les biens duquel elle doit être prise ; ce n'est donc que de ce moment que la prescription peut courir contre le légitimaire ; & telle est la disposition expresse de l'article 58 de l'ordonnance de 1731, conçu en ces termes : » La prescription ne pourra commencer à courir » en faveur des donataires contre les légitimaires, » que du jour de la mort de ceux sur les biens » desquels la Légitime sera demandée «.

Cette décision, dit Furgole, » doit avoir lieu » quand même on se rencontreroit dans quelqu'un » des cas auxquels le père peut être obligé de re- » présenter la Légitime, parce que ce n'est que » par une action extraordinaire que la Légitime » peut être demandée dans ces cas, & que d'ail- » leurs notre article ne distingue point & n'excepte » rien «.

Il y a cependant plusieurs cas où la prescription ne commence pas au jour du décès. Le pré-

mier est lorsque le légitimaire est mineur ; car on ne peut prescrire contre lui que du moment de sa majorité.

Le second est lorsque l'enfant, quoique majeur, est soumis à la puissance paternelle ; car l'usufruit de la Légitime qu'il a recueillie dans la succession de sa mère, ou de son aïeul maternel, appartient de plein droit à son père, & il est de principe que la prescription ne court jamais contre un fils de famille pendant que son père jouit de ses biens : c'est la disposition de la loi 1, C. *de bonis maternis* ; de la loi 1, §. 2, C. *de annali exceptione* ; de la loi 4, C. *de bonis quæ liberis*.

Le troisième cas est marqué par M. d'Olive. » Si les enfans vivans en commun, dit-il, ont été » nourris sur les biens de l'hérédité, cette pres» cription ne court pas contre eux en cette ren» contre depuis la mort de leur père, mais de» puis seulement qu'ils ont cessé d'être nourris » sur ses biens ; parce que recevant journellement » leur nourriture sur le patrimoine du défunt, » ils sont censés être en possession de leur Légi» time, que la nature & la loi ont substituée » aux alimens ; & ainsi on ne peut leur opposer » la prescription qui ne court jamais contre celui » qui possède, *cùm per detentionem etiam præ» teriti temporis fiat interruptio*, dit l'empereur » Justin, l. 7, §. 5, C. *de præscriptione 30 vel 40* » *annorum*. Ainsi jugé le 10 janvier 1630 en la pre» mière des enquêtes, & le 26 août 1636 en la » deuxième «. Despeisses cite pareillement un arrêt de 1634, qui a jugé pour la non prescription d'une Légitime de 3000 livres due à une fille qui avoit été nourrie par son frère héritier,

pendant environ cinquante ans ; quoiqu'elle eût laissé écouler tout cet intervalle sans rien demander. Il y en a un autre du 11 juillet 1742, rapporté par Ferrieres en son traité des tutelles, qui a décidé que la nourriture prise par intervalle sur les biens de l'héritier, suffit au légitimaire pour interrompre la prescription ; » & en effet, » dit M. Roussilhe, cette nourriture étant con» sidérée comme un payement ou jouissance de » droit, elle doit opérer le même effet qu'un » payement ; & de même que le payement in» terrompt la prescription, de même la nourri» ture qui a été fournie aux mêmes fins doit aussi » l'interrompre «.

Enfin, toutes les fois que le légitimaire est empêché d'agir par un obstacle légal, ses droits sont à l'abri de la prescription : c'est une conséquence nécessaire de la règle, *non valenti agere non currit præscriptio.*

C'est une question si cette même règle peut empêcher le tiers-acquéreur d'un bien donné par un père, de se prévaloir de la prescription qu'il prétend avoir acquise pendant la vie du donateur, contre l'action en retranchement de la Légitime. Le Brun propose en ces termes les raisons de douter : » Si l'on considère la personne du tiers-» détenteur, y a-t-il rien de plus favorable ? son » titre & sa bonne foi ne le mettent-ils pas à cou» vert de cette recherche ? D'ailleurs, l'on suppose » la prescription acquise au temps que la Légitime » a commencé d'être due : ainsi se pourra-t-il faire » que pour un titre qui ne se forme qu'aujourd'hui, » l'on donne atteinte à un titre antérieur, qui est » confirmé par une possession ? Enfin, il semble » qu'il faut faire une grande différence entre le

» douaire, qui eſt une propriété aux enfans dès » l'inſtant du mariage, & pour lequel il y a un ar- » ticle précis dans la coutume, qui porte *qu'il ne* » *pourra être aliéné par les père & mère à leur* » *préjudice*, & la Légitime, pour laquelle on n'a » rien établi de ſemblable. Le douaire prévient le » titre du tiers-détenteur; mais la Légitime ſur- » vient après ce titre, & dans notre eſpèce, après » une preſcription «.

Le Brun réfute parfaitement ces raiſons; & après avoir rapporté dans un grand détail toutes celles qui militent en faveur du légitimaire, il ſe réſume en ces termes: » Je vois ici toutes les conditions » qui peuvent empêcher qu'une choſe ne ſoit preſ- » crite; une diſpoſition de la loi qui défend au » père de donner ſon bien, ſinon en réſervant la » Légitime à ſes enfans; une impuiſſance abſolue » d'agir, le légitimaire ayant plus les mains liées » que la femme pour ſon douaire, ni pour ſa dot, » & que le ſubſtitué; & cependant un droit qui » prévient & qui empêche la validité de la dona- » tion & la preſcription du tiers-acquéreur «.

N. B. *Cet article étant trop étendu pour être inſéré en entier dans ce volume, la ſection ſixième & les ſuivantes ſe trouveront dans le tome trente-cinquième.*

Fin du tome trente-quatrième.

ADDITIONS ET CORRECTIONS.

TOME II.

Page 107, ligne 5 de la première édition, & page 109, ligne 14 de la deuxième édition, au lieu de lire, 9°. si plusieurs, &c. jusqu'à 10°. *lisez*:

9°. Belordeau rapporte un arrêt par lequel il a été jugé, que quand plusieurs étoient chargés par un testateur de fournir des Alimens à une personne, chacun d'eux pouvoit y être contraint pour le tout, sauf son recours contre chacun des autres pour sa part & portion seulement; mais cette décision ne doit pas être tirée à conséquence, puisqu'elle est contraire à la loi 3, *ff. de Alimentis legatis*. Il est néanmoins vrai que, pour éviter la multiplication des embarras & des frais, le juge a coutume d'ordonner que les Alimens légués seront payés par un seul héritier; mais celui-ci ne pourroit pas être obligé de payer la part de ses cohéritiers qui se trouveroient insolvables.

10°., &c.

TOME XXI.

Page 264, ligne 6, de l'offrande & de la procession, *ajoutez* & des chapelles dans les églises.

TOME XXXII.

Page 21, ligne 16, *ant emptialibus*, lisez *antenuptialibus*.
Page 45, ligne 26, par, *lisez* pour.
Page 59, ligne 8, *lib.*, lisez *loi*.
Page 60, ligne 3, *lib.*, lisez *loi*. Ligne 25, expliquer, *lisez* appliquer.
Page 70, ligne 16, pensées, *lisez* paroles.
Page 102, ligne 8, l'arbitrage, *lisez* l'arbitraire.
Page 107, ligne 13, a été, *lisez* avoit été.
Page 115, ligne 27, précieux, *lisez* précis.

Page 120, ligne 8, sujette à la loi *si unquàm* dans toute son étendue, *lisez* sujette dans toute son étendue à la loi dernière, C. *de revocandis donationibus.*

Page 123, ligne pénultième, du, *lisez* de.

Page 149, ligne 26, retenu, *lisez* tenu.

Page 501, après la dernière ligne, ajoutez (*Article de M.* Henriquez, *avocat*, &c.)

Tome XXXIV.

Page 34, après la seconde ligne, ajoutez,

Nous diviserons cet article en sept sections :

La première comprendra la division des Légataires en particuliers & en universels ; la différence des uns & des autres d'avec un héritier, & ce qui résulte du concours des qualités d'héritier & de Légataire dans une même personne.

Dans la seconde, on verra quelles sont les personnes à qui l'on peut léguer.

Dans la troisième, le temps qu'il faut considérer pour savoir si un Légataire est habile ou incapable.

Dans la quatrième, quels sont les principes sur l'acceptation & la répudiation des Légataires.

Dans la cinquième, la conduite que doit tenir un Légataire pour se procurer la jouissance de la chose à lui léguée.

Dans la sixième, par quelles actions le Légataire peut demander la délivrance de son legs, contre qui il doit les diriger, dans quel tribunal il doit les porter, & comment doit se faire le payement des legs.

Et dans la septième, quelles sont les charges dont un Légataire est tenu.

Les tomes XXXV & XXXVI *paroîtront en juillet* 1780.





